

VLADIMIR CHAVES DELGADO

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL
NA CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para conclusão do Programa de Mestrado em
Direito das Relações Internacionais do Centro
Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz
de Medeiros

BRASÍLIA

2007

VLADIMIR CHAVES DELGADO

**COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL
NA CONVENÇÃO SOBRE O CIBERCRIME**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para conclusão do Programa de Mestrado em
Direito das Relações Internacionais do Centro
Universitário de Brasília
Orientador: Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz
de Medeiros

Brasília, 13 de agosto de 2007.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Orientador

Prof. Dr. Roberto de A. Chacon de Albuquerque
Universidade Católica de Brasília

Prof^a. Dra. Máira Rocha Machado
Fundação Getúlio Vargas – São Paulo

Prof^a. Dra. Cristina Maria Zackseski
Centro Universitário de Brasília

Os meus mais sinceros agradecimentos ao meu orientador, o Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, pela inesgotável paciência e serenidade em minha orientação, e ao Coordenador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília, o Prof. Dr. Marcelo Dias Varella, pelos inestimáveis conselhos.

RESUMO

O desenvolvimento das modernas tecnologias de processamento, armazenamento e transmissão de dados, aliadas às possibilidades quase ilimitadas de sua permuta e difusão, independentemente das distâncias geográficas ou fronteiras nacionais, tem operado profundas mudanças na sociedade contemporânea em quase todos os aspectos das atividades humanas. Nos dias atuais, dificilmente há um setor da sociedade que ainda não tenha sido afetado pelas tecnologias da informação. Se, por um lado, isto trouxe numerosos e importantes benefícios, por outro lado, também tratou de impulsionar o desenvolvimento de novas formas de criminalidade bem como a prática de infrações tradicionais com recurso às modernas tecnologias disponíveis. O caráter transnacional das redes informáticas oferece novas possibilidades tanto para a prática de crimes informáticos, como de crimes tradicionais. A natureza transnacional destas infrações, como por exemplo, quando cometidas através da Internet, opõe obstáculos à persecução penal, em virtude do princípio da territorialidade da lei nacional. Diante desse quadro, a cooperação internacional em matéria penal constitui elemento fundamental para que se proteja a sociedade do moderno fenômeno da “criminalidade informática”. O objetivo do presente trabalho cingir-se-á, então, à análise das disposições relativas ao auxílio mútuo em matéria penal, contidas na Convenção sobre o Cibercrime, adotada pelo Conselho da Europa, em Budapeste, a 23 de novembro de 2001 – tratando-se da primeira convenção internacional sobre a matéria. A presente Convenção logrou estruturar sólidas bases para a cooperação internacional em matéria penal entre os Estados, estabelecendo um regime detalhado e modalidades específicas de auxílio mútuo, visando atender às demandas atuais no contexto de investigações e procedimentos penais relativos a crimes informáticos, e também crimes tradicionais, que envolvam a coleta de elementos probatórios em forma eletrônica.

Palavras-chave: cooperação penal internacional; criminalidade informática; Convenção sobre o Cibercrime.

ABSTRACT

The fast developments in the field of information technology relating to processing, storage and transmission of data, combined with the practically unlimited possibilities for its exchange and dissemination around the world, regardless of geographical distances or national boundaries, has changed contemporary society fundamentally. It has pervaded almost every aspect of human activities. Nowadays hardly any sector of society has remained unaffected by the information technologies. Despite the fact that it has brought unlimited benefits to society, on the other hand, it has also fostered the emergence of new criminal offences as well as the commission of traditional crimes by means of modern technologies. The cross-border nature of information networks opens new doors for criminal activity in respect of both traditional offences and new computer-related crimes. The transnational character of such offences, e.g. when committed through the Internet, is in conflict with the principle of territoriality of national law, which makes it difficult for national authorities to investigate or prosecute offenders. Regarding that situation, international cooperation in criminal matters is necessary to protect people from the modern phenomenon of “cybercriminality”. The objective of the present study is to analyse the provisions concerning mutual assistance in criminal matters contained in the Convention on Cybercrime, adopted by the Council of Europe, in Budapest, on 23 November 2001, which is the first international treaty on computer-related crime. The present Convention adopts a swift and efficient system of international co-operation which duly takes into account the specific requirements of the fight against cybercrime and also traditional crimes when it involves collection of evidence in electronic form.

Key words: international cooperation in criminal matters; computer-related crime; Convention on Cybercrime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
-----------------	---

CAPÍTULO 1 – O CRIME INFORMÁTICO E SUA NATUREZA TRANSNACIONAL.....	15
---	-----------

1.1 CONSIDERAÇÕES TERMINOLÓGICAS.....	15
1.1.1 Cibernética.....	15
1.1.2 Informática.....	16
1.2 DEFINIÇÃO DE CRIME INFORMÁTICO.....	18
1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES INFORMÁTICOS.....	24
1.4 NATUREZA TRANSNACIONAL.....	26
1.5 O CRIME INFORMÁTICO COMO “CRIME INTERNACIONAL”.....	32

CAPÍTULO 2 – A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL.....	35
--	-----------

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	35
2.2 ESBOÇO HISTÓRICO.....	35
2.3 CONCEITO.....	53
2.4 TIPOLOGIA.....	59
2.5 FUNDAMENTO JURÍDICO.....	65
2.6 COMPETÊNCIA DO ESTADO REQUERENTE.....	69
2.7 AUTORIDADES INTERVENIENTES.....	73
2.8 TRÂMITE DOS PEDIDOS.....	78
2.9 NÍVEIS OU GRAUS DE ASSISTÊNCIA.....	92
2.10. LIMITES À COOPERAÇÃO.....	98
2.10.1 Cláusula de proteção à “ordem pública”.....	100
2.10.2 Natureza da infração.....	110
2.10.2.1 Delitos políticos.....	110
2.10.2.2 Crimes militares.....	115
2.10.2.3 Infrações fiscais.....	117
2.10.3 Princípio da dupla incriminação.....	121
2.10.4 Competência do Estado requerido.....	126
2.10.5 Princípio non bis in idem.....	129
2.10.6 Extinção da punibilidade.....	131
2.10.7 Revelia no Estado requerente.....	134
2.10.8 Tribunal ou juízo de exceção.....	137
2.10.9 Natureza da sanção aplicável.....	140
2.10.10 Cláusula de “não discriminação” e cláusula “humanitária”.....	141
2.10.11 Princípio da especialidade.....	143
2.10.12 Cláusula de confidencialidade.....	150

CAPÍTULO 3 – A CONVENÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA SOBRE O CIBERCRIME (2001).....	153
--	------------

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	153
3.2 QUADRO GERAL.....	155
3.3 UTILIZAÇÃO DA TERMINOLOGIA.....	160
3.3.1 “Dados informáticos” (“computer data”).....	160
3.3.1.1 “Dados de tráfego” (“traffic data”).....	163
3.3.1.2 “Dados de conteúdo” (“content data”).....	164
3.3.1.3 “Dados relativos à subscrição de serviços” (“subscriber information”).....	165
3.3.2 “Provedor de serviços” (“service provider”).....	168
3.3.3 “Sistema informático” (“computer system”).....	168
3.3.4 “Redes de comunicação” (“communications networks”).....	170
3.3.4.1 A Internet.....	170
3.3.4.2 Histórico da Internet.....	171
3.4 O AUXÍLIO MÚTUO EM MATÉRIA PENAL.....	177
3.4.1 Modalidades.....	181
3.4.1.1 “Preservação expedita de dados informáticos armazenados”.....	184
3.4.1.2 “Busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados”.....	189
3.4.1.3 “Divulgação expedita de dados de tráfego preservados”.....	200
3.4.1.4 “Coleta em tempo real de dados de tráfego”.....	204
3.4.1.5 “Interceptação de dados de conteúdo”.....	209
3.4.1.6 Intercâmbio espontâneo de informações.....	212
3.4.1.7 O auxílio mútuo no âmbito da Rede 24/7.....	213
3.4.2 Âmbito de aplicação.....	215
3.4.3 Proteção à “ordem pública” do Estado requerido.....	220
3.4.4 Direito aplicável.....	224
3.4.5 Princípio da dupla incriminação.....	232
3.4.6 Autoridades centrais.....	243
3.4.7 Celeridade na transmissão dos pedidos.....	246
3.4.8 Diferimento do auxílio.....	248
3.4.9 Restrições à utilização dos dados e informações.....	249
 CONCLUSÕES.....	 261
 REFERÊNCIAS.....	 269
 GLOSSÁRIO.....	 283
 ANEXO.....	 287

INTRODUÇÃO

Desde o final do século XX, a humanidade vive sob os efeitos do que se convencionou chamar de “a revolução das tecnologias da informação”, caracterizada principalmente pelo notável incremento da força e da importância, nos diversos setores da sociedade contemporânea, das modernas tecnologias de transmissão e controle da informação.

Segundo Manuel Castells, ao redor deste núcleo de tecnologias da informação¹, definido em um sentido mais amplo, grandes avanços vem ocorrendo desde as últimas décadas do século XX. Trata-se, segundo o autor, de um “evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”.²

Dessa forma, estaríamos diante de um novo paradigma tecnológico, cujo cerne encontra-se centrado no papel desempenhado pelas modernas tecnologias responsáveis pelo processamento, armazenamento e transmissão da informação.³

De fato, pode-se observar que a evolução da informática e a sua crescente popularização nas últimas décadas são alguns dos fenômenos que mais tem influenciado a vertiginosa mudança social que estamos vivendo. A informática penetrou de tal modo na sociedade que tem modificado não só nossa linguagem, mas também nosso estilo de vida, incidindo profundamente sobre os meios de comunicação e nas relações interindividuais, assumindo um papel fundamental na vida do homem nos tempos atuais, fator quase que indispensável.

¹ Como “tecnologias da informação”, deve-se considerar “o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/rádiodifusão, e optoeletrônica”. Esta última trata da transmissão de informações por intermédio de fibra ótica e laser. Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 49.

² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 50

³ Neste sentido, Manuel Castells afirma que “a característica fundamental desse fenômeno é a “transformação de nossa ‘cultura material’ pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação”. Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 49.

O computador pessoal tornou-se uma presença constante nas residências, em órgãos públicos, nas empresas, transformando-se em um instrumento de trabalho indispensável. Foram inúmeras as tarefas cuja execução se tornou mais fácil, diminuindo-se substancialmente o tempo e o desgaste provocado por atividades desempenhadas de forma rotineira.⁴ A sua influência sobre o desenvolvimento da indústria e da tecnologia das telecomunicações têm igualmente transformado a vida moderna.

O fenômeno da informatização das sociedades veio a adquirir importância ainda maior a partir da última década, devido ao acesso mais amplo e irrestrito da população à denominada “rede mundial de computadores”, a *Internet*.⁵ Note-se que esta, indiscutivelmente, se torna uma poderosa ferramenta cada vez mais presente em nosso cotidiano. O espantoso incremento da *Internet* e a sua difusão em todo o mundo já não podem, apesar de seu surgimento relativamente recente, ser ignorados. Os tradicionais sistemas telefônicos envolvendo a transmissão de voz foram superados por sistemas de permuta de grandes quantidades de dados, sob a forma de texto, imagem e som. A utilização universal do correio eletrônico (*e-mail*)⁶ e a possibilidade de acesso a inúmeros *sites*⁷ através da *Internet* constituem exemplos desses desenvolvimentos que tão profundamente contribuíram para as vertiginosas mudanças na sociedade contemporânea.

A fácil acessibilidade e pesquisa da informação contida em sistemas informáticos, aliada às possibilidades quase ilimitadas relativamente à sua permuta e difusão, não obstante as distâncias geográficas, traduz-se em um crescimento sem precedentes da

⁴ Neste sentido, Liliansa Paesani comenta a observação feita por Galgano, ao afirmar que “a transição de uma sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial libertou o homem do perigo da alienação devido à repetitividade no trabalho”. Cf. PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito de informática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 13.

⁵ A *Internet* é uma rede de comunicação global que consiste na interconexão de inúmeras redes de computadores interconectadas em todo o mundo para o intercâmbio de dados, graças à adoção dos mesmos protocolos de comunicação, isto é, de um padrão comum de troca de dados.

⁶ O *e-mail* é o serviço de correio eletrônico disponível na *Internet*, que permite o envio *on-line* de mensagens eletrônicas a outros indivíduos ou a um grupo de indivíduos, com arquivos anexados, contendo imagens, programas de computador, sons, textos etc.

⁷ *Site* ou *website* é a denominação dada ao endereço eletrônico responsável pela alocação de conjuntos de dados em hipertexto conectados entre si, e que são exibidos via *Internet*.

quantidade de informação disponível. O fluxo de informação em nível mundial é agora substancialmente mais fácil e rápido. Os sistemas informáticos não se limitam por fronteiras territoriais: um sistema situado no Brasil pode comunicar-se com outro sistema situado em qualquer lugar do mundo apenas em centésimos de segundos.⁸

Graças a essa particularidade, as relações comerciais tornam-se cada vez mais dependentes das novas tecnologias da informação aliadas aos recursos oferecidos pelas telecomunicações. As transferências eletrônicas de fundos veiculam as transações financeiras mundiais. O comércio eletrônico experimenta um crescimento considerável, e também as relações interpessoais tornam-se cada vez mais dependentes dos modernos recursos de comunicação e interação disponíveis na “rede mundial de computadores”.

Conduto, se, por um lado, o avanço exponencial das telecomunicações e da informática trouxe numerosos e importantes benefícios para a sociedade em geral, por outro lado, também abriu espaço para o rápido desenvolvimento de novas formas de afetação a interesses juridicamente relevantes.⁹ A disseminação das modernas tecnologias da informação aliadas aos recursos oferecidos pelas redes de telecomunicação desafia o Direito, na medida em que oferece novos recursos técnicos para a prática de condutas lesivas a interesses variados, colocando cada vez mais bens jurídicos em risco.

Não apenas contas bancárias podem ser alvo de desfalques perpetrados através de redes de computadores e *softwares* podem ser submetidos maciçamente à reprodução não autorizada, mas também a intimidade, a vida privada e a própria “vida humana” podem ser colocadas em risco.¹⁰

⁸ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 64.

⁹ Observe-se que “o caráter instantâneo das transações monetárias internacionais e a defesa da inexistência de quaisquer entraves à rapidez dos negócios, em um quadro geral de aceitação da prevalência do valor do poder financeiro, parecem legitimar e robustecer a produção e circulação de riqueza enquanto valor em si mesmo, independentemente da licitude de sua origem”. Cf. DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 7.

¹⁰ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 9. A disseminação das modernas tecnologias da informação em todos os setores da sociedade permite que se

Neste contexto, o surgimento da denominada “criminalidade informática”, constitui, de certa forma, uma decorrência inexorável do crescente processo de “informatização” das sociedades.

Com a interligação global de computadores em rede, qualquer sistema informático conectado pode ser objeto de acesso ou manipulação por qualquer indivíduo, a partir de qualquer lugar do mundo, provocando danos e perdas irreparáveis, ou mesmo utilizando o referido sistema com o intuito de disseminar conteúdos impróprios como pornografia infantil, mensagens com conteúdos racistas ou xenofóbicos, propaganda de guerra, incitação à prostituição etc. Sem muita dificuldade pode-se, a partir de um país qualquer, obter acesso não autorizado aos dados armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos situados em qualquer lugar do mundo. As conseqüências de tais condutas poderão ser mais extensas e ter maior alcance, quando comparadas às formas tradicionais de afetação a bens jurídicos, pois não são restringidas por quaisquer limites geográficos ou fronteiras nacionais.

Em suma, um indivíduo qualquer, munido de um computador pessoal com um *modem* conectado à rede, pode lesar bens jurídicos situados em qualquer lugar do mundo, sem precisar se deslocar de sua residência. Destarte, sistemas informáticos e de telecomunicação eliminaram o fator distância na interação humana, viabilizando ainda novas formas de execução de atividades lesivas aos bens jurídicos tradicionalmente tutelados, bem como a possibilidade de afetação a outros interesses juridicamente relevantes.

A transnacionalidade constitui, portanto, uma das características mais expressivas das condutas praticadas através das redes de computadores de larga abrangência,

coloque em risco, com o seu auxílio, praticamente toda espécie de interesse jurídico, inclusive a proteção à vida humana, tendo em vista que, por exemplo, pode-se provocar o falecimento de um paciente, com a modificação, no prontuário eletrônico de um hospital, dos dados relativos à dosagem das drogas ministradas; ou mesmo causar a morte de passageiros a bordo de um avião através da interferência nos contatos com a torre de comando do aeroporto ou nos sistemas de radares que controlam o tráfego aéreo, provocando um choque entre aeronaves.

o que desde logo prejudica a ação dos órgãos de investigação criminal dos Estados pelo fato de sua ação se encontrar condicionada à barreira dos seus respectivos limites territoriais, em virtude do necessário respeito ao princípio da soberania dos Estados.

Daí que, nos procedimentos de investigação criminal, poderá ser imprescindível a obtenção de elementos probatórios existentes na forma de dados armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos situados no exterior, o que inevitavelmente demandará o recurso à cooperação internacional em matéria penal. Esta desempenhará, portanto, um papel de extrema relevância no contexto dos procedimentos de investigação criminal realizados no âmbito das grandes redes de computadores de abrangência mundial – notadamente a *Internet*.

Neste ponto, denota-se a preocupação em analisar a Convenção sobre o Cibercrime¹¹, adotada pelo Conselho da Europa, em Budapeste, a 23 de novembro de 2001, posto que – sendo a primeira convenção internacional sobre a matéria – institui mecanismos de cooperação penal internacional de valiosa utilidade para fins de obtenção de elementos probatórios existentes na forma de dados armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos, além de proceder à definição de uma série de condutas que devem ser tipificadas pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado Parte, almejando a necessária harmonização legislativa dos tipos penais na área da informática, além de promover à indispensável adaptação dos procedimentos de preservação, obtenção, coleta e interceptação de dados informáticos (objetos intangíveis) para fins de investigação e processos penais.

O objetivo do presente trabalho cingir-se-á, entretanto, apenas à análise das disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, contidas no Capítulo III da Convenção sobre o Cibercrime, especificamente no que se refere ao **auxílio mútuo** em

¹¹ A Convenção sobre o Cibercrime foi adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa durante a sua 109.ª Sessão Plenária, em 8 de novembro de 2001 e foi aberta à assinatura na cidade de Budapeste, a 23 de novembro de 2001, na Conferência Internacional sobre o Cibercrime. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime. Explanatory Report*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>. Acesso em: 22/09/2006.

matéria penal. A opção por discorrer, no âmbito da presente dissertação, apenas sobre a matéria referida, reflete a nossa preocupação com o imprescindível aperfeiçoamento das formas tradicionais de auxílio mútuo em matéria penal, que já não tratam de atender com eficiência às demandas impostas pelo novo contexto tecnológico, que exige, frequentemente, a adoção pelos Estados, de procedimentos de investigação criminal específicos no tocante à preservação, obtenção, coleta e interceptação de dados informáticos (objetos intangíveis), e os seus reflexos no campo da proteção aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, representados pelas garantias processuais tradicionalmente outorgadas ao demandado no âmbito dos procedimentos de cooperação penal internacional.¹²

De forma que, o eixo central do presente estudo estará precisamente na descrição sintética das normas específicas e dos princípios gerais que orientam a moderna cooperação internacional em matéria penal, através de uma análise, sob a ótica dos principais instrumentos internacionais e leis nacionais existentes sobre a matéria, das disposições contidas na Convenção sobre o Cibercrime.

Entretanto, antes de iniciarmos a análise propriamente dita das normas constantes da Convenção sobre o Cibercrime, optamos por oferecer, no Capítulo 1 da presente dissertação, alguns conceitos e características fundamentais do moderno fenômeno do crime informático ou “cibercrime” – conforme a expressão empregada pela Convenção¹³ – e, em seguida, no Capítulo 2, tratar do instituto da cooperação penal internacional *latu sensu*, analisando o contexto histórico de seu surgimento, conceito, tipologia, fundamento jurídico, autoridades intervenientes, trâmite dos pedidos, a doutrina dos “níveis ou graus de

¹² Estas garantias processuais constam tradicionalmente de cláusulas limitativas da cooperação penal internacional, presentes nos instrumentos normativos sobre a matéria, e dizem respeito, dentre outras, à exigência de dupla incriminação, à proteção à “ordem pública” do Estado requerido, às exceções em virtude da natureza do delito, à garantia da especialidade e da confidencialidade no uso das informações e elementos probatórios fornecidos em resposta a um pedido de auxílio mútuo etc.

¹³ Trata-se de expressão utilizada na língua portuguesa como equivalente do termo “*cybercrime*” empregado pela língua inglesa como referência às condutas delituosas que envolvem sistemas e dados informáticos.

assistência”, bem como os principais limites impostos pelos instrumentos normativos nacionais e internacionais à referida cooperação internacional em matéria penal.

Para atender a esse propósito consultamos fontes bibliográficas e documentais sobre a matéria, dentre as quais a doutrina nacional e estrangeira, e também algumas leis nacionais, tratados bilaterais e convenções multilaterais celebradas no âmbito de organismos internacionais como o Conselho da Europa, a União Européia, a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Mercosul.

1 O CRIME INFORMÁTICO E SUA NATUREZA TRANSNACIONAL

1.1 Considerações terminológicas

1.1.1 Cibernética

É comum na linguagem cotidiana e até mesmo em alguns trabalhos acadêmicos encontrarmos a expressão “crimes cibernéticos” sendo correntemente utilizada para designar um determinado conjunto de condutas lesivas a interesses jurídicos tutelados no âmbito do Direito Penal, e que se encontram, de alguma forma, relacionadas com dados e sistemas informáticos. Contudo, não é adequada a utilização da referida expressão, uma vez que se encontra baseada tão-somente no uso vulgar que é dado ao termo “cibernética”, relacionando-o a tudo aquilo que, porventura, esteja vinculado às modernas tecnologias, especialmente a informática.

Neste sentido, Alexandre Freire Pimentel aduz que, atualmente, existe uma tendência amplamente difundida no sentido de considerar a Cibernética como a ciência que investiga as leis gerais dos sistemas de tratamento da informação.¹⁴ Entretanto, o objeto de estudo da Cibernética é muito mais amplo e eminentemente multidisciplinar.¹⁵

¹⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire. *Direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 83.

¹⁵ Em 1948, o matemático americano Norbert Wiener publicou o livro “Cibernética: ou controle e comunicação no animal e na máquina”. A idéia fundamental desenvolvida por Wiener em sua “teoria cibernética” é a de que “certas funções de controle e de processamento de informações semelhantes em máquinas e seres vivos - e também, de alguma forma, na sociedade - são, de fato, equivalentes e redutíveis aos mesmos modelos e mesmas leis matemáticas. [...] Wiener explica que ele e Rosenblueth criaram um termo artificial para designar esse campo de pesquisa porque acreditavam que qualquer terminologia existente traria um viés indesejado ao seu sentido. Assim, eles cunharam o termo *cybernetics* derivado do grego *kubernetes*, palavra utilizada para denominar o piloto do barco ou timoneiro, aquele que corrige constantemente o rumo do navio para compensar as influências do vento e do movimento da água. Além do sentido de controle, reforçado pela correspondência que *kubernetes* tem com o latim *gubernator*, a máquina de leme utilizada em navios seria um dos mais antigos dispositivos a incorporar os princípios estudados pela cibernética”. Cf. KIM, Joon Ho. *Cibernética, ciborgues e ciberespaço: notas sobre as origens da cibernética e sua reinvenção cultural*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832004000100009&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 05/04/2007. A palavra “cibernética” designa,

Cibernética é o campo científico envolvido no estudo comparativo dos processos orgânicos e mecânicos¹⁶ e a teoria do controle e da comunicação não só nos organismos vivos, mas também nas máquinas.¹⁷ No entender de Túlio Lima Vianna, trata-se da “ciência que busca estabelecer uma teoria geral do controle, seja ele tanto de seres inanimados, quanto de organismos vivos [...]”.¹⁸

A palavra “cibernética” designa, assim, a ciência que estuda, de modo geral, os processos de comunicação e controle tanto nos seres humanos como nas máquinas, a ela relacionando-se todos os demais campos de estudo.

Depreende-se, portanto, que o Conselho da Europa não utilizou a melhor técnica em relação à terminologia adotada para designar a “Convenção sobre o Cibercrime”, ou “*Convention on Cybercrime*” (na versão em inglês), ou ainda “*Convention sur la Cybercriminalité*” (na versão em francês).

1.1.2 Informática

Por outro lado, também é freqüente a utilização da expressão “crimes informáticos” para designar determinado conjunto de condutas consideradas delituosas e que se encontram, de alguma maneira, relacionadas com dados e sistemas informáticos.

Segundo Alexandre Freire Pimentel, a palavra “informática” origina-se da “junção dos vocábulos *informação* e *automática*, cuja criação é atribuída ao francês Philippe Dreyfus em 1962 [...]”.¹⁹

portanto, um ramo da ciência que visa à compreensão dos fenômenos naturais e artificiais através do estudo dos processos de comunicação e controle nos seres vivos, nas máquinas e nos processos sociais.

¹⁶ CIBERNÉTICA. In: SAWAYA, Márcia Regina. *Dicionário de informática e internet*. São Paulo: Nobel, 1999.

¹⁷ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. São Paulo: Cultrix, 1984. p. 94.

¹⁸ VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11

¹⁹ PIMENTEL, Alexandre Freire. *Direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29.

Na década de setenta (1970), Mario Losano informava que o dicionário russo de terminologia da informação conceituava “informática” como um ramo da ciência que estuda as regras para a coleta, processamento, conservação, recuperação e disseminação da informação científica e que organiza de forma otimizada a atividade informativa com base nos modernos meios técnicos.²⁰

Atualmente, pode ser definida como a “ciência do tratamento racional e automático da informação, considerada como suporte dos conhecimentos e comunicações, principalmente por meio de sistemas eletrônicos denominados computadores”²¹; ou ainda, a “ciência que visa ao tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados”.²²

Podemos dizer, então, que “informática” é a ciência que estuda os meios para armazenar, processar e transmitir informações de forma automatizada. Trata-se, portanto, da ciência que tem como objeto de estudo as informações automatizadas.

Dessa forma, conclui-se que a Cibernética representa um ramo científico mais amplo no qual se insere, dentre tantas outras disciplinas, a Informática.

Importante também é estabelecer a distinção entre os termos “informática” e “telemática” ou “teleinformática”. Telemática “é a ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação”²³; ou melhor, é “o procedimento de elaboração à distância das informações e, portanto, o movimento de circulação automática de dados informativos, que se produz no diálogo com os computadores, utilizando os terminais inteligentes, isto é, capazes de receber e

²⁰ LOSANO, Mario Giuseppe. *Informática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 221.

²¹ KANAAN, João Carlos. *Informática global: tudo o que você precisa saber sobre informática*. São Paulo: Pioneira, 1998.

²² INFORMÁTICA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM.

²³ TELEMÁTICA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM.

transmitir informações”.²⁴ O conjunto desses equipamentos e meios de comunicação recebem a denominação de “sistema teleinformático”.²⁵ Enquanto “as telecomunicações transportam a informação, a informática capta, processa e fornece informações; ambas lidam com informações, o que veio tornar naturalmente lógico o encontro das duas áreas na teleinformática”.²⁶

Assim, em nosso entender, restaria mais apropriado denominar as condutas delituosas relacionadas com dados ou sistemas informáticos, de “crimes informáticos” (sempre que não se fizer uso de meios de telecomunicação para sua prática) ou “crimes telemáticos” (sempre que se verificar o uso combinado de sistemas informáticos e meios de telecomunicação). No entanto, para evitar maiores equívocos, optamos pelo uso do termo “crimes informáticos” – mais comumente utilizado pela doutrina²⁷ – de forma a abranger todas aquelas condutas relacionadas com dados ou sistemas informáticos, praticadas ou não através da utilização de meios de telecomunicação.²⁸

1.2 Definição de crime informático

A problemática em torno da formulação de uma definição precisa de “crime informático” deve-se em parte ao fato de que os dados e sistemas informáticos tanto podem

²⁴ LEITE, Flamarion Tavares. *Os nervos do poder*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 114.

²⁵ LANCHARRO, E. Alcalde; FERNANDEZ, S. Peñuelas; LOPEZ, M. Garcia. *Informática Básica*. São Paulo: Markron Books, 1996. p. 203-204.

²⁶ MATTOS, João Metello de. *A sociedade do conhecimento: da teoria de sistemas à telemática*. Brasília: ESAF/Universidade de Brasília, 1982. p. 45.

²⁷ No entender de Lopes da Silva, “a nomenclatura *crime informático* parece ser a mais adequada por se tratar de expressão que se refere não só ao equipamento eletrônico em si, mas também a toda tecnologia que possa ser por ele utilizada. Abrange, ainda, condutas que possam estar ligadas à informação e à sua transmissão isolada ou em conjunto”. Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

²⁸ Registre-se que, nos termos da Lei brasileira n. 9.472/97, “telecomunicação” significa “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza” (Art. 61, parágrafo 1.º). Cf. BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de Julho de 1997*: dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=367735&secao=1&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 04/09/2007.

constituir o objeto material de determinada conduta, bem como o instrumento utilizado para cometê-la. A noção de “crime informático” pode envolver, portanto, várias espécies de condutas humanas.

As condutas definidas como “crime informático” pelas leis internas dos Estados contemporâneos geralmente representam uma lista variada de atividades, incluindo a prática de atos envolvendo pornografia infantil, corrupção de menores²⁹, fraude, estelionato, violações de direitos autorais³⁰, extorsão *on-line*³¹, invasão não autorizada de sistemas informáticos ou *hacking*³², divulgação não autorizada de dados informáticos, propagação de vírus de computador³³ etc.

²⁹ Atualmente, os noticiários têm divulgado com frequência casos de aliciamento de menores praticados principalmente por pessoas adultas do sexo masculino, através de *sites* de relacionamento na *Internet*, como o *orkut*.

³⁰ Caracteriza-se, geralmente, pela reprodução, não autorizada, de arquivos de música ou vídeo que se encontram armazenados na *Internet*.

³¹ Trata-se de extorsão realizada por intermédio de um sistema informático e de meios de telecomunicação.

³² O termo “*hacking*” é vulgarmente utilizado para designar a conduta do agente perpetrador de atos delituosos de variadas espécies, praticados através do uso de sistemas informáticos. Entretanto, é mais correto definir *hacking* como a conduta específica de *acesso não autorizado a sistemas informáticos*. O agente ativo da referida conduta denomina-se *hacker*. A palavra tem origem na língua inglesa – do verbo *to hack* – e pode ser traduzida literalmente para o português como “talhar”. Trata-se de termo tradicionalmente utilizado para designar a atividade de lenhadores que talhavam a madeira, evoluindo semanticamente para designar qualquer golpe em um objeto. Neste sentido, Casacuberta afirma que: “*Debido a su carácter polisémico y a los variopintos usos que han hecho los medios de comunicación del término, sin duda es una de las expresiones más difíciles de definir del diccionario. En principio, el término viene del verbo inglés ‘hack’ que se usa normalmente en el contexto de los leñadores, en el sentido de cortar algo en pedazos, o en el sentido de pegar puntapiés. Según la leyenda, el primer uso no ‘tradicional’ del término se debe a alguien que sabía donde dar el puntapié (‘hack’) exacto en una máquina de refrescos para conseguir una botella gratis. Ya sea en ese sentido o en el de cortar algo en pedazos, lo cierto es que el primer uso genuino de hacker en el mundo de la informática era el de alguien que conocía de forma tan detallada un sistema operativo (lo había ‘cortado en pedazos’ por así decirlo) que podía obtener de él lo que quisiera (como el señor de la leyenda urbana acerca de una máquina de refrescos). Así, en el sentido originario, un hacker es simplemente alguien que conoce los sistemas operativos (y por tanto los ordenadores) como la palma de su mano. Puesto que, en principio, para poder entrar sin permiso en un ordenador ajeno son necesarios grandes conocimientos de informática (aunque luego ello no sea así necesariamente), rápidamente el término se extendió en una nueva acepción como intruso o perpetrador informático que accede al control de una máquina en la Red sin permiso.*” Apud VIANNA, Túlio Lima. Hackers: um estudo criminológico da subcultura cyberpunk. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; PINTO, Márcio Morena (org.). *Informática e internet: aspectos legais internacionais*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001. p. 178-179. Portanto, “em princípio, a palavra era usada para designar qualquer pessoa que possuísse um conhecimento profundo de um sistema informático. Não tinha um sentido pejorativo, muito pelo contrário, ser considerado *hacker* era considerado uma honra, uma vez que o vocábulo nomeava os respeitados especialistas da área de computação”. Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. XX. Segundo Thomas, a aceção moderna do termo *hacker* foi cunhada a partir de expressão utilizada no *best seller* “*Neuromancer*”, escrito por William Gibson em 1982, para classificar os seres virtuais que habitam o ciberespaço. Cf. THOMAS, Douglas; LOADER, Brian D. (Eds.). *Cybercrime: law enforcement, security and surveillance in the information age*. New York: Routledge, 2000. Na atualidade, o termo *hacker* é empregado, sobretudo pela mídia, para designar aquele usuário de sistemas

Muitas dessas condutas podem representar delitos tradicionais, cometidos através da utilização de um sistema informático. Isso pode significar simplesmente a utilização das novas tecnologias informáticas para viabilizar a prática de condutas já tradicionalmente sancionadas pelo Direito Penal.

Portanto, ao ser utilizado como mero instrumento, o sistema informático pode constituir apenas um novo *modus operandi* para a prática de condutas já tradicionalmente tipificadas pelo Direito Penal dos Estados, como, por exemplo, o homicídio de um paciente provocado pela adulteração intencional da dosagem de medicamentos prescrita no prontuário eletrônico do sistema informático de uma unidade de terapia intensiva de um hospital³⁴, ou mesmo a alteração de dados ou a manipulação de sistemas que controlem o pouso e a decolagem de aviões, o tráfego aéreo, as rotas de trens e de metrô, os semáforos, podendo provocar, portanto, colisões e mortes.³⁵ Note-se que o resultado pretendido pelo

informáticos que, valendo-se de seus conhecimentos detalhados em informática, obtém acesso não autorizado à informação que se encontra armazenada em sistemas informáticos ou em sistema de rede de computadores de terceiro. No Brasil, a expressão já encontra-se registrada nos dicionários, tendo se consagrado na língua portuguesa pelo uso freqüente nos meios de comunicação, com o significado de: “[Ingl., substantivo de agente do v. to hack, ‘dar golpes cortantes (para abrir caminho)’, anteriormente aplicado a programadores que trabalhavam por tentativa e erro.] S. 2 g. Inform. 1. Indivíduo hábil em enganar os mecanismos de segurança de sistemas de computação e conseguir acesso não autorizado aos recursos destes, ger. a partir de uma conexão remota em uma rede de computadores; violador de um sistema de computação.” Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM.

³³ Vírus de computador é um programa que pode se agregar a outro arquivo com o intuito de corromper as informações armazenadas em um sistema informático ou em rede de computadores. Há vários tipos de vírus de computador, dentre os quais podemos mencionar as denominadas *logic bombs*, que são inseridas em um sistema informático com o intuito de destruir as informações nele contidas, quando da ocorrência de algum evento previamente determinado, como p. ex. uma data comemorativa; os *trojan horses*, que são vírus capazes de se infiltrar em um sistema informático sem serem detectados de início para, depois, propagarem-se por todo o sistema, causando problemas de funcionamento (daí a analogia com o mitológico ‘cavalo de tróia’ da Grécia antiga); e os *worms* ou “vermes”, que são pequenos programas capazes de se propagar com rapidez de um sistema informático a outro, geralmente produzindo cópias idênticas de seu código na memória de cada equipamento, com o objetivo de provocar a perda de dados ou a destruição de informações. Cf. McCLURE; Stuart; SCAMBRAY, Joel. *How hackers cover their tracks*. 25 Jan. 1999. Disponível em: <http://www.cnn.com/TECH/computing/9901/25/hacktracts.idg/index.html/>; ROQUE, Sérgio Marcos. Crimes de informática e investigação policial. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.) et al. *Justiça penal: críticas e sugestões: justiça criminal moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, n. 7. p. 316.

³⁴ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Algumas observações sobre o direito penal e a internet*. Boletim IBCCRIM, edição especial, ano 8, n. 95, outubro 2000. O autor refere-se a um homicídio praticado por um *hacker* que invadiu, em 1994, o sistema informático de um hospital em Liverpool, na Inglaterra, e alterou a dosagem dos medicamentos de vários pacientes, provocando a morte de uma menina de nove anos de idade.

³⁵ No Brasil, caracteriza-se crime de homicídio qualificado – artigo 121, parágrafo 2.º do Código Penal.

agente – o homicídio – poderia ser alcançado sem a necessária utilização de um sistema informático.

Entretanto, vale ressaltar que, em determinados casos, os recursos técnicos de um sistema informático podem ser utilizados de uma maneira tal, que a conduta não poderia ser praticada de uma maneira comparável sem a utilização do sistema, como por exemplo, os casos de fraudes bancárias cometidas com a indução em erro não de pessoas, mas de sistemas informáticos.³⁶

Há ainda aqueles casos em que o sistema informático em si, bem como os dados nele armazenados, processados ou transmitidos constituem o objeto material da conduta. Várias são as condutas que podem ser praticadas diretamente contra sistemas informáticos ou contra os dados armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos, como por exemplo, o acesso não autorizado a sistema informático e aos dados nele armazenados, a sua reprodução, divulgação ou transmissão a terceiros³⁷, o seu apagamento, alteração ou eliminação definitiva³⁸, a sua coleta ou interceptação não autorizadas, a interferência no correto funcionamento de um sistema informático³⁹ etc. Nestes casos, verifique-se que as condutas só tornaram-se possíveis graças ao advento da tecnologia informática. Não se tratam de condutas tradicionais, mas representam ainda verdadeiras novidades para o Direito Penal e para o ordenamento jurídico de grande parte dos Estados contemporâneos. Pode-se dizer, então, que representam um fenômeno completamente diferente das demais condutas delituosas tradicionalmente sancionadas.

³⁶ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 8.

³⁷ Condutas que podem abranger a denominada “violação de segredo informático”.

³⁸ Neste caso tratar-se-á de “dano informático”.

³⁹ Segundo o professor Roberto Chacon de Albuquerque, neste caso trata-se de “atentado contra a segurança de sistema informático”. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 163. A situação mais freqüente é a de “ataques de negação de serviço” (*Denial-of-Service attacks – DoS*), que consiste na remessa deliberada de uma grande quantidade de dados a um *website*, com o fim de levá-lo à inoperância por sobrecarga operacional. Os prejuízos causados são bastante visíveis, sobretudo em *sites* de comércio eletrônico que podem perder lucros significativos se ficarem inoperantes durante algumas horas.

Dessa forma, podemos concluir que, o conjunto de atividades a que geralmente se atribui o termo “crimes informáticos” tanto podem representar apenas um novo *modus operandi* para a prática de condutas já tradicionalmente tipificadas pelo ordenamento jurídico-penal dos Estados – em relação a alguns casos – mas, em outros casos, também podem constituir condutas verdadeiramente *sui generis*, atípicas, sem encontrar a correspondente tipificação penal em grande parte das legislações nacionais dos Estados contemporâneos.

Portanto, podemos dizer que, as condutas definidas como “crimes informáticos” geralmente não representam um conjunto homogêneo de fatos. Constatase que, neste campo, as leis internas dos Estados ainda apresentam muitas discrepâncias no tocante à tipificação das referidas condutas. Assim é que, segundo nos informa o professor Roberto Chacon de Albuquerque, enquanto existem determinadas condutas que representam, de certa forma, um “consenso internacional” mínimo, alcançado pelos Estados no tocante à sua tipificação (quais sejam, o “estelionato informático”, a “violação de segredo informático”, o “dano informático”, o “atentado contra a segurança de sistema informático” e a “falsificação informática”), outras condutas não lograram ainda chegar ao referido consenso e se encontram excluídas do ordenamento jurídico-penal de uma série de Estados (como p. ex. a utilização não autorizada de sistemas informáticos ou de programas de computador; a modificação de dados informáticos ou de programas de computador, quando tal alteração não implicar nenhuma espécie de prejuízo; a espionagem informática, com a violação de segredos comerciais ou industriais etc.).⁴⁰

⁴⁰ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 30. No Brasil, as condutas que recebem o *status* doutrinário de “crimes informáticos” encontram-se definidas no Código Penal e também em alguns diplomas legislativos, de forma esparsa, como p. ex. na Lei n. 8.137, de 27 de Dezembro de 1990, que “Define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, e dá outras providências”, *in verbis*: “[...] Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza: [...] V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”. Cf. BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de Dezembro de 1990*: define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, e dá outras providências.

Dessa forma, conforme a maior ou menor importância atribuída por cada Estado ao interesse jurídico a ser tutelado, inevitavelmente subsistirão discrepâncias na tipificação das condutas relacionadas aos dados e sistemas informáticos, nos ordenamentos

Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=367271&se_qTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 04/09/2007; na Lei n. 7.646, de 18 de Dezembro de 1987, que “Dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências”, *in verbis*: “Art. 35. Violar direitos de autor de programas de computador: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa”. Cf. BRASIL. *Lei n. 7.646, de 18 de Dezembro de 1987*: dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=368243&se_qTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 04/09/2007; também na Lei n. 9.504, de 30 de Setembro de 1997, que “*Estabelece normas para as eleições*”, *in verbis*: “Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I - obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; II - desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral; [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de Setembro de 1997: estabelece normas para as eleições*. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=365408&se_qTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 04/09/2007; na Lei n. 9.296, de 24 de Julho de 1996, que “Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal”, *in verbis*: “[...] Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”. Cf. BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de Julho de 1996: regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=349049&se_qTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 04/09/2007; e na Lei n. 9.983, de 14 de Julho de 2000, que “Altera o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências”, *in verbis*: “Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. *Parágrafo único*. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado”. Cf. BRASIL. *Lei n. 9.983, de 14 de Julho de 2000: altera o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e dá outras providências*. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=344443&se_qTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 04/09/2007. Vale ressaltar ainda que também existem alguns projetos de lei mais abrangentes sobre a matéria, em tramitação no Congresso Nacional. Dentre os quais podemos citar o Projeto de Lei n. 76/2000, que “define e tipifica os delitos informáticos, e dá outras providências”, o Projeto de Lei n. 1.713/1996, que “dispõe sobre o acesso, a responsabilidade e os crimes cometidos nas redes integradas de computadores e dá outras providências” e o Projeto de Lei n. 84/1999 que “dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências”. Este último trata-se de proposta de maior abrangência, prevendo as condutas de “dano a dado ou programa de computador” (artigo 8.º); “acesso indevido ou não autorizado” (artigo 9.º); “alteração de senha ou mecanismo de acesso a programa de computador ou dados” (artigo 10); “obtenção indevida ou não autorizada de dado ou instrução de computador” (artigo 11); “violação de segredo armazenado em computador, meio magnético, de natureza magnética, óptica ou similar” (artigo 12); “criação, desenvolvimento ou inserção em computador de dados ou programa de computador com fins nocivos” (artigo 13); “veiculação de pornografia através de rede de computadores” (artigo 14). Cf. BRASIL. *Projeto de Lei n. 84/1999: dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências*. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_1_ista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1999&Numero=84&sigla=PL. Acesso em: 04/09/2007.

jurídico-penais estatais. Assim é que, para o professor Roberto Chacon de Albuquerque, “qualquer tentativa de definir o termo ‘crime informático’, de conceituá-lo, apresenta desvantagens”.⁴¹

Daí a importância de lograr-se uma sistemática de tipificação minimamente harmônica das referidas condutas, sob o ponto de vista internacional, de forma a evitar assimetrias discrepantes nesta criminalização.⁴²

1.3 Classificação dos crimes informáticos

Em rigor, a classificação das condutas tipificadas pelos ordenamentos jurídico-penais dos Estados, tradicionalmente se dá em conformidade com o interesse ou bem jurídico tutelado pela norma penal.⁴³

Com base na dicotomia supra mencionada entre as condutas cujo objeto material são os dados e sistemas informáticos, e outras em que os sistemas informáticos constituem apenas o instrumento para a prática de delitos tradicionais, a doutrina trata de classificá-las, respectivamente, em “crimes informáticos próprios” e “crimes informáticos

⁴¹ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. P. 40. Sabe-se que a noção de “crime” é uma forma de definir determinados comportamentos considerados nocivos por determinada sociedade em determinada época, pelo fato de constituírem ofensa (dano ou perigo) a interesses considerados socialmente relevantes, e que merecem, portanto, proteção jurídica mais incisiva através da intervenção do Direito Penal, que atua catalogando comportamentos como infrações penais e sujeitando-as a sanções. Portanto, “é certo que, sem descrição legal nenhum fato pode ser considerado crime”. Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 1. vol. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 149. Dessa forma, só haverá delito quando ocorrer a afetação de um bem juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico-penal de determinado Estado. A afetação de um bem jurídico constitui, portanto, a base da ação típica. Tratam-se, dessa forma, de concepções necessariamente variáveis no espaço e no tempo, a depender da percepção de cada Estado sobre determinadas condutas humanas. Cada Estado tratará de definir as condutas que mereçam ser consideradas crimes, sujeitando-as ao tratamento jurídico-penal. Não restam dúvidas, então, de que, inevitavelmente, algumas condutas serão percebidas de forma diferente por cada Estado, pois, tratar determinadas condutas como “crimes” e atribuir uma pena ao indivíduo que as tenha praticado, perpassa de forma distinta cada coletividade e, portanto, cada ordenamento jurídico estatal.

⁴² ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 12.

⁴³ Assim, de acordo com Jair Leonardo Lopes, “No CP brasileiro, os crimes são distribuídos, a partir do art. 121, por Títulos, Capítulos e Seções, de acordo com o chamado critério da objetividade jurídica, isto é, de conformidade com a natureza do bem ou objeto jurídico contra o qual se dirigiu a ação do agente. Assim, temos ‘crimes contra a pessoa’, ‘crimes contra o patrimônio’ e mais nove Títulos, cada qual referindo-se a um bem ou valor, considerado merecedor da reforçada proteção jurídico penal”. Cf. LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 113.

impróprios”.⁴⁴ Os primeiros correspondem às condutas em que os dados e sistemas informáticos constituem o objeto material do delito, e os últimos referem-se àquelas condutas em que os sistemas informáticos constituem apenas o instrumento para a prática do delito, tendo como objeto material bens jurídicos já tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal.

No que se refere aos “crimes informáticos impróprios”, o instrumento utilizado – isto é, o sistema informático – não constitui requisito essencial para a perpetração da conduta, que pode ser praticada através da utilização de um outro instrumento igualmente hábil a causar ofensa ao interesse juridicamente protegido.

A Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime define uma série de condutas, tanto aquelas cujo objeto material são os dados e sistemas informáticos, como outras em que os sistemas informáticos representam apenas um instrumento para a prática de delitos tradicionais. Assim, ao prever, em seu Capítulo II as “medidas a empreender em nível nacional” (que compreende disposições de direito substantivo e de direito processual), o Título 1 da Seção 1, define as “infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas informáticos”, que são o “acesso ilegal” (art. 2.º), a “interceptação ilegal” (art. 3.º), a “interferência em dados” (art. 4.º), a “interferência em sistemas” (art. 5.º) e o “uso abusivo de dispositivos” (art. 6.º). Por outro lado, os Títulos 2, 3 e 4 da Seção 1, definem, respectivamente, as “infrações associadas à informática”, que são a “falsificação informática” (art. 7.º) e o “estelionato informático” (art. 8.º); as “infrações associadas ao conteúdo”, que trata de várias “infrações relacionadas à pornografia infantil” (art. 9.º); e as “infrações relacionadas com violações de direito autoral e direitos conexos” (art. 10).

⁴⁴ Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13. Registre-se ainda que, alguns autores preferem utilizar os termos “crimes informáticos puros” e “crimes informáticos mistos”, ou ainda, “crimes informáticos específicos” e “crimes informáticos comuns”, para estabelecerem a mesma dicotomia conceitual supra assinalada. Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004; p. 122-121; ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 40-41; SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60.

Observe-se, portanto, que, além dos interesses jurídicos já tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal, três espécies de interesses jurídicos, de natureza tipicamente “informática”, igualmente merecem a devida proteção jurídico-penal nos termos das disposições da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime: são eles a disponibilidade, a integridade e a confidencialidade de dados e sistemas informáticos.

Segundo a doutrina, estes interesses jurídicos representam a proteção à denominada “segurança informática”, bem jurídico permanente, “que existe independentemente dos bens jurídicos individuais e coletivos que possam existir concomitantemente numa conduta típica [...]”.⁴⁵ A confidencialidade remete à proteção ao sigilo dos dados processados, armazenados ou transmitidos por sistemas informáticos. A disponibilidade refere-se à não perturbação do acesso e utilização dos sistemas informáticos e à facilidade de recuperação ou acesso aos dados informáticos neles armazenados, processados ou por eles transmitidos. E a integridade consiste na incolumidade dos sistemas informáticos e dos dados por eles armazenados, processados ou transmitidos.

1.4 Natureza transnacional

O desenvolvimento das modernas tecnologias da informação aliadas aos recursos oferecidos pelas redes de telecomunicação desafia o Direito, pois com a interligação global de computadores em rede, qualquer sistema informático conectado pode ser objeto de acesso ou de interferência *on-line*, não autorizadas, a partir de qualquer lugar do globo, em qualquer momento. Sem muita dificuldade pode-se, a partir de um país qualquer, invadir e manipular sistemas informáticos situados em outros países ou continentes, ou ainda, realizar interceptação e coleta maciça de dados pessoais, provocando danos e perdas irreparáveis, violando o sigilo dos dados armazenados, processados e transmitidos por sistemas

⁴⁵ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 129.

informáticos ou mesmo utilizando os referidos sistemas com o intuito de disseminar vírus informáticos ou conteúdos impróprios como pornografia infantil, mensagens com conteúdos racistas ou xenofóbicos, propaganda de guerra, incitação à prostituição e à violência etc. Contas bancárias também podem ser alvo de desfalques via redes de computadores, *softwares* podem ser submetidos maciçamente à reprodução não autorizada, e a própria “vida humana” pode ser colocada em risco⁴⁶. Os prejuízos patrimoniais⁴⁷ e não patrimoniais decorrentes de tais práticas podem ser consideráveis.

A tecnologia informática, especialmente quando aliada aos meios de telecomunicação, oferece, portanto, oportunidades altamente sofisticadas para a prática de diversas atividades, disponibilizando novos recursos técnicos para colocar cada vez mais bens jurídicos em risco. A sua utilização por pessoas físicas, empresas, organizações e governos, envolvem situações transfronteiriças que assumem importância cada vez maior.

As empresas encontraram na informática, nas telecomunicações e na alta tecnologia eletrônica, a viabilização de novos meios de execução de atividades lucrativas, percebendo, de forma particularmente rápida, que a distribuição de seus produtos e serviços via redes de computadores (sobretudo a *Internet*), lhes permitiria não apenas atuar em “mercados” economicamente mais atraentes, mas também a exploração dos pontos de maior vulnerabilidade dos sistemas jurídicos de cada Estado, aproveitando-se ao máximo das deficiências de regulação de cada um deles.

⁴⁶ A disseminação das modernas tecnologias da informação em todos os setores da vida cotidiana permite que se coloque em risco, com o seu auxílio, praticamente toda espécie de interesse jurídico, inclusive a proteção à vida humana, tendo em vista que, por exemplo, pode-se provocar o falecimento de um paciente, com a modificação, no prontuário eletrônico de um hospital, dos dados relativos à dosagem das drogas ministradas; ou mesmo causar a morte de passageiros a bordo de um avião através da interferência nos contatos com a torre de comando do aeroporto ou nos sistemas de radares que controlam o tráfego aéreo, provocando um choque entre aeronaves.

⁴⁷ Os prejuízos patrimoniais não param de crescer no mundo todo. Conforme estatísticas elaboradas pela Interpol, os prejuízos teriam alcançado globalmente o montante de US\$ 1 bilhão, já em 1998. Estima-se que apenas o ataque do vírus ILOVEYOU, desencadeado a partir de Manila, nas Filipinas, em 1999, tenha ocasionado prejuízos equivalentes a US\$ 10 bilhões. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 3.

Além do mais, os sistemas informáticos têm sido utilizados, com frequência, por dirigentes de empresas, para a prática de condutas relacionadas, por exemplo, à evasão fiscal, falsificação de balanços, fraudes na bolsa de valores, fraudes em investimentos etc.

No que se refere particularmente à proteção à intimidade, note-se que esta encontra-se comprovadamente ameaçada pela facilidade e rapidez com que se pode acessar, coletar e transmitir dados de caráter pessoal, a partir de qualquer lugar do mundo, através das redes de computadores, de que constitui exemplo mais conhecido a *Internet*. Neste sentido, Marcelo Cardoso Pereira, nos informa que

Atualmente, existe, no ‘mundo’ da Internet um incalculável número de pessoas e organizações, públicas e privadas, interessadas em informações, pessoais ou não, dos usuários da Rede [...] Os atentados contra o direito à intimidade na Internet derivam de muitas fontes. Dessa forma, os Poderes Públicos, apoiados na escusa da proteção da segurança, violam a intimidade dos internautas⁴⁸. Movidos por uma política agressiva de marketing e publicidade, alguns Prestadores de Serviço da Sociedade da Informação possuem enorme interesse em obter dados e informações pessoais dos usuários da Rede [...].⁴⁹

Dessa forma, não apenas os interesses comerciais, que movem as atividades praticadas pelos chamados “prestadores de serviços” na *Internet*, mas também as políticas de segurança adotadas por determinados governos, têm contribuído em grande medida para violar a intimidade no âmbito da *Internet*, pois, em nome da denominada proteção à “segurança nacional”, os governos de alguns Estados, promovem sistematicamente a violação

⁴⁸ Internauta: “[De inter(net) + -nauta.] S. 2 g. Inform. 1. Usuário da Internet, rede mundial de computadores. 2. Restr. Usuário intensivo da rede Internet, que ocupa grande parte de seu tempo explorando os recursos por ela oferecidos”. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico*: século XXI. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM.

⁴⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 161-162. O referido autor nos informa que muitas empresas *on-line*, particularmente as de *marketing* e publicidade, tentam constantemente identificar potenciais clientes, que utilizam regularmente a *Internet*, através do uso de métodos de coleta indiscriminada e sem autorização, de seus dados pessoais. Os prestadores de serviços na *Internet* se engajam constantemente na atividade de coleta indiscriminada de dados pessoais dos usuários no âmbito da referida rede, para viabilizar campanhas agressivas de publicidade diretamente direcionadas a determinados perfis de usuários, em função dos seus gostos, preferências, hábitos, costumes etc. Para atender a este propósito, muitos dados pessoais dos usuários da *Internet* são coletados sem o seu consentimento. Esta tarefa é geralmente realizada através da utilização de dispositivos informáticos específicos, como p. ex. os *cookies*. Os *cookies* são dispositivos informáticos que guardam informações sobre o visitante de uma página na *Internet*. Com base nesses dados é possível elaborar um perfil pessoal completo do usuário da *Internet*, identificando os seus hábitos, preferências, comportamentos na rede etc. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 187-188 e 194-195.

de direitos e liberdades fundamentais reconhecidos internacionalmente. Marcelo Cardoso Pereira nos informa que, em nome do combate ao terrorismo e ao crime organizado transnacional, os governos de determinados Estados utilizam a estrutura da *Internet* e de redes de satélites de abrangência mundial, para manter sistemas de vigilância eletrônica destinados à coleta e interceptação indiscriminada de dados pessoais dos usuários da rede, muito além de suas respectivas fronteiras territoriais.⁵⁰

Observe-se, portanto, que a transnacionalidade constitui, indubitavelmente, a característica mais expressiva e comum às condutas praticadas através de sistemas informáticos e redes de telecomunicação. Obstáculos tais como distância, controle fronteiriço ou mesmo a necessidade de presença física do agente já não são mais relevantes à luz das operações que envolvem as redes internacionais de transmissão de dados informáticos, notadamente a *Internet*.

Em decorrência da interconectividade, com pessoas situadas em diferentes países compartilhando dados simultaneamente, em tempo real, as condutas praticadas através das grandes redes de computadores possuem uma projeção transnacional ímpar, podendo

⁵⁰ Como exemplo dessa realidade, Marcelo Cardoso Pereira cita a existência da rede Echelon, que constitui um sistema de interceptação de comunicações em escala mundial. Segundo o autor, estima-se que o projeto da rede Echelon iniciou-se no ano de 1971, baseado em um acordo de cooperação (no campo da segurança e da vigilância) firmado no ano de 1947 por cinco países, a saber: Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia. O objetivo era o de realizar interceptação maciça das comunicações ao redor de todo mundo, através de uma rede de satélites. Atualmente a rede Echelon é administrada pelos Estados Unidos e pela Inglaterra. O centro de controle situa-se na *National Security Agency (NSA)* dos Estados Unidos e no *Government Communications Headquarters* britânico. Acredita-se que o sistema Echelon seja formado por uma rede de 120 satélites capazes de interceptar diversos tipos de transmissões realizadas desde qualquer parte do globo: ligações telefônicas, mensagens de correio eletrônico, mensagens de *fax* etc. Até pouco tempo atrás, os Estados Unidos e a Inglaterra não admitiam a existência da rede Echelon. Entretanto, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o governo norte-americano pronunciou-se sobre a sua existência. Não somente a admitiu, como também afirmou que, a partir daquele momento, a referida rede seria uma das principais ‘armas’ tecnológicas para a ‘luta’ contra o terrorismo internacional. Ressalte-se que esse reconhecimento ocorreu com a aprovação pelo Congresso norte-americano, em 29 de outubro de 2001 – pouco mais de um mês e meio após os atentados contra o *World Trade Center* – do *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, conhecido simplesmente como “*USA PATRIOT Act*”. Essa lei possui como objetivo proporcionar ao governo norte-americano, ferramentas de investigação contra atos terroristas perpetrados não só nos Estados Unidos, mas também no restante do mundo. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 167-170.

surtir efeitos diretos ou indiretos em mais de um país ao mesmo tempo.⁵¹ Há a possibilidade de cometer-se uma infração em um determinado país, enquanto os efeitos decorrentes da mesma podem repercutir diretamente alhures. O *iter criminis* pode, então, fragmentar-se em vários lugares, pertencentes a distintas regiões do mundo.⁵² Um simples *e-mail* com mensagens ofensivas ou contendo pornografia infantil poderá passar por vários servidores⁵³, situados em países localizados em distintas regiões do mundo, antes de atingir o seu destino final.⁵⁴ Um vírus de computador disseminado no âmbito da *Internet* poderá afetar milhares de sistemas informáticos situados em qualquer lugar do mundo. As conseqüências das condutas praticadas, poderão, dessa forma, ser mais extensas e ter maior alcance, pois não são restringidas por quaisquer limites geográficos ou fronteiras nacionais.⁵⁵

Daí que, nos procedimentos de investigação criminal realizados por um Estado que, porventura, tenha sido afetado, poderá ser necessário obter elementos probatórios existentes na forma de dados armazenados em sistemas informáticos situados no exterior. Mas, a ação dos órgãos judiciais e policiais de cada Estado encontra-se condicionada à barreira dos seus respectivos limites territoriais. Dessa forma, a ação policial e judicial se depara nestes casos com problemas específicos, tanto no terreno dos fatos como no aspecto jurídico, sempre que tiver que realizar atos de investigação criminal ou diligências para a obtenção de provas ou informações no âmbito das redes de computadores de abrangência mundial (notadamente a *Internet*), pois o seu limite de ação termina, necessariamente, na

⁵¹ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 33

⁵² Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 63

⁵³ Servidor é o sistema informático responsável pelo oferecimento de recursos técnicos aos computadores dos usuários de uma rede de computadores, como o armazenamento de dados, o envio de *e-mails* e o próprio acesso dos usuários à rede.

⁵⁴ Em virtude da estrutura descentralizada da *Internet*, o caminho a ser percorrido pelos dados informáticos transmitidos, não pode ser previsto nem determinado pelo internauta, de forma que um *e-mail* enviado do Brasil para os Estados Unidos pode passar por servidores situados em vários outros países, caso o fluxo de dados entre aqueles países esteja congestionado. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 63.

⁵⁵ As recentes disseminações de vírus informáticos por todo o mundo comprovam esta realidade.

fronteira do Estado onde exerce a sua competência, e toda intromissão policial e judicial fora dos limites territoriais estará implicitamente rechaçada em virtude do necessário respeito ao princípio da soberania territorial dos Estados.⁵⁶ De forma que, o acesso *on-line* direto e a obtenção de dados que se encontrem armazenados em sistemas informáticos situados em outros países, pode ser encarada como uma violação à soberania territorial do país em que os dados encontrem-se armazenados, uma vez que infringe a prerrogativa exclusiva das autoridades autóctones de levar a cabo investigações em seu próprio território.⁵⁷

Ao mesmo tempo, as diferenças existentes entre as legislações dos diversos Estados contribuem para acentuar, ainda mais, esta problemática. Basta atentar para o fato de que uma determinada conduta pode ser considerada uma infração penal em um determinado país e não em outro, o que inviabilizaria um eventual pedido de cooperação internacional, face à exigência de dupla incriminação.⁵⁸

Diante desse quadro, impõe-se a necessária harmonização das leis nacionais no tocante à tipificação das condutas relacionadas aos dados e sistemas informáticos e o implemento da cooperação internacional nesta área, cuja necessidade acentua-se na mesma proporção em que se dá o avanço da tecnologia informática.

Neste sentido, a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime constitui importante instrumento para alcançar a desejada harmonização das leis nacionais, tanto no tocante à tipificação das condutas danosas relacionadas aos dados e sistemas informáticos, bem como das normas processuais relativas à obtenção, coleta, interceptação e

⁵⁶ Observe-se, portanto, que, com o desenvolvimento tecnológico, os benefícios da rapidez dos meios de comunicação se estendem também aos criminosos, pois, enquanto os limites territoriais já não constituem obstáculo para a prática de condutas criminosas, por outro lado, a territorialidade da lei ainda constitui um expressivo limite ao poder repressivo estatal.

⁵⁷ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 68.

⁵⁸ A “dupla incriminação” consiste na exigência de que o fato ou a conduta que serve de fundamento a um pedido de cooperação seja considerada uma infração penal simultaneamente punível de acordo com a lei do Estado requerente e a lei do Estado requerido. Trata-se de requisito tradicionalmente exigido pelos instrumentos normativos sobre cooperação internacional em matéria penal.

preservação de dados informáticos (objetos intangíveis), e ainda, o necessário reforço aos mecanismos de cooperação penal internacional.

1.5 O crime informático como “crime internacional”

De forma geral, os instrumentos normativos multilaterais, relativos à matéria penal, exprimem um consenso mínimo de um grupo de Estados no tocante à repressão a determinadas condutas, consideradas socialmente indesejáveis. Segundo Maíra Rocha Machado, “a ‘gravidade do crime’ e a repulsa que inspira à ‘comunidade internacional em seu conjunto’ constituem o critério mais comum – enunciado nos preâmbulos e nos textos de convenções e eleito por um amplo conjunto de autores – para diferenciar dos demais o crime que merece um tratamento internacional”.⁵⁹

Para Celso D. de Albuquerque Mello, “os crimes internacionais são obrigações ‘*erga omnes*’ que os Estados violam, porque representam interesses da comunidade internacional como um todo”.⁶⁰ O referido autor afirma então que:

É considerada infração internacional um fato (ação ou omissão), contrário ao direito internacional, e a um tal ponto nocivo aos interesses ou aos bens da comunidade, protegidos por este direito, que se estabelece nas relações entre os Estados a convicção que este fato deve ser penalmente sancionado. [...] a infração internacional tem os seguintes elementos: a) elemento material, significa que é uma ‘conduta humana voluntária’, isto é, ‘uma manifestação de vontade no mundo exterior’. [...] b) elemento legal no campo do DIP⁶¹, significa que é necessário existir uma norma jurídica internacional definindo

⁵⁹ Cf. MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/ Edesp, 2004. p. 21. No entanto, a própria autora registra a deficiência desse critério, ao nos dizer que “[...] esse critério parece ser pouco apropriado para realizar a distinção. Primeiramente, porque implica reconhecer o ‘crime’ como algo detectável no plano dos acontecimentos, como se essa condição fosse inerente e natural a um dado conjunto de comportamentos, fatos ou situações. Em segundo lugar, porque assume a existência de relação entre uma escala objetiva de gravidade e os fatos objeto de intervenção penal. E, por fim, porque pressupõe a existência de uma unidade ou ao menos uma clara comunhão de interesses na comunidade internacional. Esses aspectos não parecem, sequer teoricamente, sustentáveis”. Cf. MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/ Edesp, 2004. p. 21.

⁶⁰ MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 970.

⁶¹ O autor se refere ao Direito Internacional Público.

determinado ato como crime; [...] c) elemento moral, significa que a infração é um ato culposos.⁶²

Observe-se então que, ao refletir o consenso de um considerável número de Estados no tocante ao caráter nocivo das condutas definidas em seu texto, pode-se dizer que a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime logrou inserir as referidas condutas no acervo daquelas que recebem o tratamento de “crimes internacionais”.⁶³

De fato, pode-se concluir que o *status* de “crime internacional” foi, dessa forma, expressamente reconhecido às referidas condutas, em virtude da adoção da Convenção sobre o Cibercrime, um instrumento internacional abrangente sobre a matéria, que, apesar de elaborado no âmbito de um organismo regional – o Conselho da Europa⁶⁴ –, logrou obter a

⁶² MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1009-1010.

⁶³ Segundo nos informa Máira Rocha Machado, “as primeiras atividades indicadas como *crime* em convenções internacionais, estavam relacionadas ao rompimento das fronteiras nacionais: comercialização de escravos (1885, 1890, 1926, 1956) e de seres humanos (1885, 1904, 1910, 1949); o tráfico de drogas (1912, 1925, 1936, sendo as duas primeiras limitadas ao ópio); a produção de moedas falsas (1929); o terrorismo (1937, que não entrou em vigor) e a pirataria. Esta última, considerada o mais antigo crime de origem consuetudinária, apenas foi objeto de definição internacional em 1958. Ao lado dessas atividades que marcam o indivíduo como autor privilegiado, algumas convenções dedicaram-se também a definir infrações penais no âmbito da relação entre Estados, notoriamente no que diz respeito ao denominado ‘direito de guerra’ (1907, 1919). Em conjunto, essas distintas atividades focalizam, sobretudo, a *proteção dos interesses dos Estados*, interesses tanto comerciais e financeiros como vinculados à segurança estatal. Após a Segunda Guerra Mundial, um grande número de convenções internacionais passou a definir como crime e como internacional um conjunto de fatos e problemas que *não necessariamente* implicam o rompimento de fronteiras nacionais: crimes contra a humanidade (1945); genocídio (1948); proteção a vítimas de guerra (1949); discriminação racial (1965); *apartheid* (1973); proteção a vítimas de conflitos armados internos (1977); tortura e tratamento cruel, desumano, ou degradante (1984). Compõem, em conjunto, o denominado ‘direito internacional humanitário’, acentuando, portanto, a *proteção à humanidade*. [...] Paralelamente ao advento desse novo objeto de proteção, acentuaram-se os esforços de definição e persecução criminal de atividades que, do ponto de vista fenomenológico, atravessam ou podem atravessar fronteiras nacionais. As novas convenções sobre o tráfico de drogas (1961, 1971, 1988) ampliaram sucessivamente a lista de substâncias entorpecentes e diversificaram as estratégias de atuação. No tocante ao terrorismo, nesse período irão proliferar as convenções internacionais abordando distintos aspectos dessa atividade multiforme: captura ilícita de aeronaves (1970); atos ilícitos contra a segurança da aviação civil (1971) e dos aeroportos (1988); atos ilícitos contra a segurança da navegação marítima (1988) e das plataformas fixas (1988); proteção do material nuclear (1980); segurança de pessoas internacionalmente protegidas e agentes diplomáticos (1973); tomada de reféns (1979); segurança do pessoal da ONU e associados (1994); e atentados terroristas com explosivos (1997)”. Cf. MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/ Edesp, 2004. p. 33-34.

⁶⁴ Atualmente, o Conselho da Europa conta com 47 Estados-membros, não apenas Estados europeus, dentre os quais: Albânia, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Moldova, Mônaco, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Federação Russa, San Marino, Sérvia, Montenegro, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, República da Macedônia, Turquia, Ucrânia e Reino Unido. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *The Council of Europe's Member States*. Disponível em: http://www.coe.int/T/E/Com/About_Coe/Member_states/default.asp. Acesso em: 22/04/2007.

participação de Estados não-membros, em seu processo de elaboração⁶⁵, além de expressamente permitir a adesão de outros Estados que não tenham participado de sua elaboração⁶⁶, demonstrando, portanto, a crescente emergência de uma manifestação conjunta da comunidade internacional, no sentido de considerar as condutas previstas na Convenção como atos condenáveis no âmbito do Direito Internacional.

Resta ainda assinalar que, paralelamente ao advento da Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime, também se têm debatido intensamente sobre a matéria, em outras instâncias, em nível interno, na Europa⁶⁷, e também em nível internacional, na Organização das Nações Unidas⁶⁸, com o objetivo de encontrar soluções e instituir mecanismos, visando reforçar a prevenção e o combate aos crimes informáticos. Como se vê, não se trata apenas de uma preocupação meramente “regional”, manifestada por um restrito grupo de países, mas de uma crescente manifestação conjunta da comunidade internacional com relação à problema de grande complexidade e que surte profundos impactos na sociedade internacional contemporânea como um todo.

⁶⁵ Convém assinalar que os Estados Unidos, Japão, África do Sul e Canadá participaram do processo de elaboração da Convenção sobre o Cibercrime, na qualidade de “observadores externos”, e todos já assinaram o referido instrumento, entretanto apenas os Estados Unidos procederam à sua ratificação.

⁶⁶ Neste sentido conferir o art. 37 da Convenção sobre o Cibercrime, *in verbis*: “Article 37 [Accession to the Convention] 1. After the entry into force of this Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe, after consulting with and obtaining the unanimous consent of the Contracting States to the Convention, may invite any State which is not a member of the Council and which has not participated in its elaboration to accede to this Convention. [...]”. Cf. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o Cibercrime*. Budapeste, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/PDF/185-POR.pdf>. Acesso em: 17/03/2006.

⁶⁷ Cf. EUROPEAN UNION. *Creating a safer information society by improving the security of information infrastructures and combating computer-related crime*: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (COM (2000)890). Brussels, 26.01.2001. Disponível em: <http://europa.eu.int/ISPO/eif/InternetPoliciesSite/Crime/CrimeCommEN.html>. Acesso em: 17/06/2006.

⁶⁸ Cf. UNITED NATIONS. United Nations Crime and Justice Information Network. *International review of criminal policy: United Nations Manual on the prevention and control of computer-related crime*. Disponível em: <http://www.uncjin.org/Documents/irpc4344.pdf>. Acesso em: 14/06/2006.

2 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

2.1 Considerações preliminares

No presente capítulo da dissertação, cabe ora analisar – de modo necessariamente introdutório e sem a pretensão de exaurir o tema – alguns aspectos gerais da cooperação internacional em matéria penal, em suas variadas espécies. Neste sentido, alguns tópicos foram formulados, com o objetivo de oferecer uma visão geral das linhas que mais significativamente têm despontado na matéria, ao tratar de sua evolução histórica, conceito, tipologia, fundamento jurídico, competência do Estado requerente, autoridades intervenientes, trâmite dos pedidos, a doutrina dos “níveis ou graus de assistência” e, finalmente, os limites ou restrições geralmente impostos à cooperação penal internacional, pelos instrumentos normativos nacionais e internacionais sobre a matéria.

Conforme teremos a oportunidade de demonstrar, todos estes pontos resultam cruciais para uma melhor interpretação do sentido e projeção contemporâneos do instituto da cooperação penal internacional, sobretudo quando da análise, no Capítulo 3 da presente dissertação, dos dispositivos atinentes à matéria, contidos na Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime.

2.2 Esboço histórico

A cooperação penal internacional não é um fenômeno recente.⁶⁹ A sua manifestação mais remota nos remete ao longínquo tratado de paz, celebrado em 1280 a. C. entre Ramsés II, Faraó do Egito e Hatussilli III, Rei dos Hititas, sendo considerado o mais

⁶⁹ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 2.

antigo tratado de extradição da humanidade.⁷⁰ É evidente que não possuía as características que atualmente apresenta, tanto é assim que previa-se a extradição de criminoso político e não de criminoso comum.⁷¹

Assinala Celso D. de Albuquerque Mello que, na Grécia Antiga, apesar da existência do direito de asilo, a prática extradicional também se verificou, especificamente com relação aos que cometiam delitos de especial gravidade. Da mesma forma, afirma o autor que, em Roma a extradição também foi praticada, apesar de os romanos não respeitarem a soberania dos Estados estrangeiros.⁷²

Mas, segundo nos informa Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, convém observar que,

Na Antiguidade, os fatos que constituem os primórdios da configuração do instituto demonstram que a extradição dependia de circunstâncias políticas: os criminosos eram extraditados por terem praticado infrações eminentemente políticas; no caso de Roma, suas tendências notoriamente imperialistas, demonstravam o caráter arbitrário das decisões, que não tinham a verdadeira intenção de admitir a reciprocidade. Como os povos viviam isolados e reciprocamente hostis, a exigência de devolução de

⁷⁰ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Extradição: alguns aspectos fundamentais. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 326, ano 90, Abr./Jun. 1994, p. 61. O tratado foi celebrado em virtude da tentativa frustrada dos Hititas de invadir o Egito e dispunha expressamente sobre o retorno de pessoas procuradas por seus soberanos, refugiadas em outros territórios. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 95.

⁷¹ Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, a extradição, nessa época, tratava-se de um fenômeno esporádico, que geralmente encontrava consagração após as guerras. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1019. Diante disso, alguns autores negam remotos exemplos de entrega de indivíduos como precedentes de extradição, pelo fato de não apresentarem os “contornos jurídicos e caracteres de permanência”, considerando-se que, em seus primórdios, a extradição representava o fruto de ameaças e de recíprocas violências entre os Estados. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 93. Por outro lado, também há autores que discordam de tal interpretação, entendendo contrariamente, que as formas ancestrais de entrega de indivíduos a um outro Estado constituíam, de fato, extradição, uma vez que a essência da prática extradicional – em sua semântica gramatical – isto é, conduzir um indivíduo para fora de um Estado a fim de entregá-lo a outro Estado, existia efetivamente na prática internacional da Antiguidade. O que variava eram algumas de suas características, e “é claro que um instituto jurídico não conserva as mesmas características através dos séculos”. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1020.

⁷² Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1020. Afirma Carolina Cardoso Guimarães Lisboa que “O predomínio romano sobre o mundo civilizado antigo e o exercício de seu poderio jurisdicional em uma dimensão autenticamente imperial, entretanto, não foram circunstâncias propícias para que em seu Direito figurasse, plenamente, a instituição da extradição, uma vez que não havia respeito pela soberania dos Estados estrangeiros. Ainda assim, o Direito Romano conheceu e praticou a extradição através do Tribunal dos ‘recuperadores’, que era o órgão encarregado de decidir da entrega ou não de um indivíduo”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 96.

acusado, formulada por uma nação à outra, vinha quase sempre acompanhada de ameaça de guerra. Os acordos sobre a matéria eram concluídos casuisticamente, após a fuga de um indivíduo ou de uma categoria de indivíduos, mas sem que fossem celebrados previamente para reger situações futuras, dificultando a prática da extradição, tal como a conhecemos hoje.⁷³

Na Idade Média, o referido quadro começa gradativamente a se modificar, com o surgimento de tratados disciplinando mais detalhadamente a extradição⁷⁴, compreendendo-se então a necessidade dos pactos internacionais como forma de diminuir as possibilidades dos indivíduos escaparem às conseqüências de seus atos através da fuga para um território estrangeiro. Entretanto, a finalidade desses tratados ainda era, de uma forma geral, eminentemente pessoal ou de ordem política.⁷⁵

Na Idade Moderna, a cooperação entre os Estados se fortalece, “quando, na França, através de disposições legais, os monarcas Francisco I e Henrique II repelem o direito de asilo para os crimes comuns e a prática da extradição começa a ser organizada e

⁷³ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 97.

⁷⁴ A doutrina cita como exemplos de tratados concluídos nessa época, o tratado entre Veneza e o imperador Lotário, em 840; o tratado celebrado em 1174, entre o rei Henrique II, da Inglaterra, e Guilherme, da Escócia, estipulando, por ato formal, a entrega, em regime de reciprocidade, dos acusados de traição que procurassem refúgio em um daqueles países; e o tratado celebrado entre a França e a Inglaterra, em 1303, por Felipe, o Belo e Eduardo III, se comprometendo a não conceder asilo aos seus inimigos e aos súditos revoltosos. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1020; LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 98.

⁷⁵ Neste sentido afirma Carolina Cardoso Guimarães Lisboa que “Refletindo os interesses dos soberanos na sua segurança pessoal e na defesa de seu poder, foi característica da extradição, também no período medieval, o fato de alcançar apenas criminosos políticos e rebeldes. Inexistiam tratados referentes à entrega de criminosos comuns, pois não se levava em conta o perigo social que a impunidade desses crimes representava para os súditos. [...] Da Antiguidade até fins do século XVIII, as perseguições que ensejavam a extradição eram eminentemente políticas, pois quanto mais estreito o relacionamento entre os soberanos, maior seria o interesse e a preocupação pelo seu bem-estar, desenvolvendo, assim, cada um, maior esforço para entregarem aos outros os criminosos políticos que lhes tinham ameaçado”. Entretanto, “ao celebrarem, ainda no século XIV, um tratado que estipulava, pela primeira vez, a entrega de acusados de crimes comuns, o Rei Carlos V, da França, e o Conde de Savóia, em 1376, entraram para a história da extradição, por terem assinado um texto que revolucionou o Direito Público da segunda parte da Idade Média, uma vez que não prevalecia a preocupação política, mas apenas a necessidade de repressão social e o interesse superior da Justiça”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 99-100. Portanto, este instrumento tem sido apontado como o primeiro texto internacional em que a extradição surge com a finalidade de reprimir a criminalidade comum. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1041. Não se deve, contudo, olvidar que, o referido instrumento, tratava-se apenas de uma notável exceção ao que dispunha a maioria dos textos firmados àquela época.

divulgada”.⁷⁶ Durante os séculos XVI, XVII e XVIII, os tratados de cooperação interestatal se caracterizavam por prever a concessão de extradição também por delitos militares⁷⁷, além de delitos políticos, e até por motivos religiosos, pois durante este período histórico, de absolutismo do poder, visava-se assegurar a defesa dos regimes e evitar as deserções, que enfraqueciam as armadas dos soberanos. A noção de soberania absoluta e perpétua, imperava naqueles tempos. Assim, a maioria dos tratados celebrados em pleno século XVIII, além dos delitos comuns, ainda considerava como infrações suscetíveis de extradição, as infrações políticas e os crimes militares, como a deserção.⁷⁸

A partir do século XIX começou a desenhar-se a perspectiva moderna das questões relacionadas com a cooperação internacional em matéria penal. Celso D. de Albuquerque Mello nos informa que

Em 1802, na Paz de Amiens (França, Espanha e Inglaterra), não se mencionam mais os criminosos políticos como sendo passíveis de extradição. Esta orientação é definitivamente consagrada na lei belga de extradição de 1883. A própria palavra extradição somente é consagrada no século XIX.⁷⁹

⁷⁶ Os instrumentos internacionais apontados pela doutrina como fatos importantes nessa época foram o tratado de 1497 entre a Inglaterra e Flandres e o tratado de 1661, pelo qual a Dinamarca se obrigou a entregar ao rei da Inglaterra, Carlos II, aqueles que houvessem contribuído com a morte de seu pai. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 100.

⁷⁷ Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, delitos militares “podem ser definidos como sendo as violações aos regulamentos e normas puramente militares”, isto é, aquelas infrações que incluem atos ou fatos estranhos ao direito penal comum, e que derivam de uma legislação especial aplicada às relações militares. São considerados delitos militares “a deserção, a covardia, o desrespeito às ordens superiores, o abandono de posto etc”. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1026.

⁷⁸ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 101. Afirma Celso D. de Albuquerque Mello que: “Nos séculos XVII e XVIII e mesmo no início do século XIX, os criminosos militares eram passíveis de extradição. Os tratados de extradição visavam, acima de tudo, estes criminosos, a fim de se evitar a deserção. Era a época da formação dos grandes exércitos nacionais. Esta orientação existiu até a lei belga de 1833, que condenou este tipo de extradição”. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1026.

⁷⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1020. Anota Carolina Cardoso Guimarães Lisboa que, “No século XIX, a noção de extradição passa por grandes transformações, graças à grande influência que as idéias de que a soberania reside no povo, sustentadas pelos contratualistas como Locke, tiveram na organização dos Estados que se constituíram sobre bases democráticas. Após a Revolução Francesa, as convenções passaram a vigorar, buscando desenvolver um esforço coletivo em favor da repressão ao crime, deixando de prevalecer os interesses meramente políticos e religiosos do Estado, bem como as tendências xenófobas e militares, transformando-se numa forma de cooperação internacional na supressão da criminalidade e lançando as bases da evolução do instituto da

O mesmo se deu com relação aos delitos militares, conforme nos informa Carolina Cardoso Guimarães Lisboa: “O princípio geral, consagrado em 1880 pelo Instituto de Direito Internacional, é a não-extradição por crimes exclusivamente militares”.⁸⁰

O tema da cooperação penal internacional foi tratado, no século XIX, dentro da compreensão do então nascente “Direito Internacional Penal”.⁸¹ Afirmar Solange Mendes de Souza que

No século XIX, os delitos internacionais que constituíam objeto de preocupação das nações e serviam de norte para a concepção do chamado direito internacional penal eram a pirataria⁸², os praticados contra chefes de Estado e representantes diplomáticos⁸³, o tráfico de escravos⁸⁴, além dos

extradição como hoje o conhecemos”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradiciona no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 101.

⁸⁰ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradiciona no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 177. Afirmar Celso D. de Albuquerque Mello que “o Brasil tem proposto e aceito nas conferências interamericanas a não extradição quando o delito que motivar a extradição for exclusivamente militar”. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. p. 1026.

⁸¹ Conforme nos informa Solange Mendes de Souza: “Anotar Ripollés que o termo “direito internacional penal” foi cunhado por Jeremías Bentham em 1820, sendo objeto de muitas críticas, tanto dos internacionalistas, como dos penalistas, que colocavam em dúvida cada um dos seus três componentes: que fosse direito, que fosse internacional e que fosse penal. De fato, enquanto o direito penal é orientado pelo legalismo, o direito internacional público tem como fontes o contrato e o costume, ambos de caráter voluntário e consensual [...]”. Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 112-113. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, o Direito Internacional Penal pode ser definido como sendo “o conjunto de regras jurídicas concernente às infrações internacionais que constituem violações do direito internacional”. Assim sendo, apenas integram o campo do Direito Internacional Penal aquelas infrações penais que se encontrem definidas em normas internacionais, como o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade etc. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1009.

⁸² A pirataria foi genuinamente a primeira infração transnacional que atingiu diversos países, levando ao estabelecimento progressivo de tratados para coibir a sua prática. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1251. Nos tempos atuais, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, adotada em Montego Bay, na data de 30 de abril de 1982, estabelece, em seu art. 101, que: “Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos: a) Todo o ato ilícito de violência ou de detenção ou todo o ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra: i) Um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos; ii) Um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado; b) Todo o ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de fatos que dêem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata; c) Toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados na alínea a) ou b).” [grifos nossos]. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, adotada em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_1530_1995.htm. Acesso em: 22/08/2007.

⁸³ Nos tempos atuais, importante instrumento multilateral que trata sobre o tema é a Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos, adotada pela ONU, em Nova Iorque, a 14 de dezembro de 1973. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional*, inclusive Agentes Diplomáticos, adotada a 14 de dezembro de 1973. Disponível em:

crimes de guerra. Depois, as atenções se voltaram para o tráfico de mulheres⁸⁵, o tráfico de entorpecentes⁸⁶ e, em tempos recentes, para a ‘lavagem’ de dinheiro⁸⁷, conduta que passou a ser autonomamente

<http://www.mj.gov.br/drci/legislacao/Conven%20sobre%20a%20Preven%20e%20Puni%20de%20Crimes%20Contra%20Pes%85.pdf>. Acesso em: 22/08/2007.

⁸⁴ No que diz respeito ao tráfico de escravos, a sua condenação internacional acontece, primeiramente, no Congresso de Viena, por meio de uma declaração de princípios, datada de 2 de fevereiro de 1815. Constatou, depois, do Tratado de Paris de 10 de novembro do mesmo ano e de declarações aprovadas nos congressos de Aquisgrama (*Aix-la-Chapelle*), de 1818, e de Verona, de 1822. Os Estados passaram a concluir, durante o século XIX, uma série de tratados em que eles admitiam o direito de visita a seus navios em alto-mar por navios de guerra de outro Estado; tratava-se da origem do direito de visita que tinha por finalidade reprimir o tráfico de escravos. O Ato Geral da Conferência de Berlin, em 1885, proibia qualquer tráfico ou trânsito de escravos na região da bacia do Congo. Em seguida reuniu-se uma nova conferência em Bruxelas, entre 1889-1890, com maior número de Estados participantes do que a anterior, que concluiu uma nova convenção interditando o tráfico e permitindo o direito de visita aos navios em alto-mar. Da mesma forma, através da Convenção de Saint-Germain, em 1919, os Estados se obrigaram a pôr fim à escravidão e ao tráfico de escravos. Em 1926, uma nova convenção, concluída sob os auspícios da Sociedade das Nações, proibia qualquer forma de escravidão. O Código Bustamante (1928) colocou o tráfico de escravos como sendo um delito internacional. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 944-945.

⁸⁵ O tráfico de mulheres é aquele que se destina a colocar as mulheres na prostituição. Durante muito tempo ele foi denominado de “tráfico de brancas”, mas desde a Convenção de 1921 esta expressão foi substituída por “tráfico de mulheres”, com o que se demonstra a preocupação internacional de proteção da mulher independente de sua cor. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 945. Os tratados multilaterais celebrados sobre a matéria são os seguintes: “acordo para a repressão do tráfico de mulheres brancas, assinado em Paris a 18 de maio de 1904; convenção internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres brancas, assinada em Paris a 4 de maio de 1910; convenção internacional para a repressão do tráfico de mulheres e crianças, assinada em Genebra, sob os auspícios da Liga das Nações, a 30 de setembro de 1921; convenção internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores, assinada em Genebra, igualmente sob os auspícios da Liga das Nações, a 11 de outubro de 1933; protocolo de emenda às convenções de 1921 a 1923, assinado em Lake Success (Nova Iorque), a 12 de novembro de 1947; convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, assinada em Lake Success, a 20 de março de 1951”. Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113.

⁸⁶ No tema do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, os principais atos multilaterais celebrados são: “1) Convenção Internacional do Ópio, assinada em Haia a 23 de janeiro de 1912; 2) acordo relativo à supressão do fabrico, do comércio interior e do uso do ópio preparado, assinado em Genebra a 19 de fevereiro de 1925; 3) Convenção Internacional do Ópio, assinada em Genebra a 19 de fevereiro de 1925; 4) convenção para limitar o fabrico e regulamentar a distribuição de entorpecentes, assinada em Genebra a 13 de julho de 1931; 5) acordo para a supressão do hábito de fumar ópio, assinado em Banguet (sic) a 27 de novembro de 1931; 6) convenção para a repressão do tráfico ilícito de drogas nocivas, assinada em Genebra a 26 de junho de 1936; 7) protocolo de emenda dos acordos, convenções e protocolos sobre entorpecentes, assinados em *Lake Success* (Nova Iorque), a 11 de dezembro de 1946; 8) protocolo destinado a colocar sob controle internacional as drogas não incluídas na convenção de 13 de julho de 1931, assinada em Paris a 19 de novembro de 1948.” Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 114. Mais recentemente, no final da década de oitenta, foi adotada também a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, feita em Viena em 20 de dezembro de 1988. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, adotada em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/38.pdf Acesso em: 22/02/2007.

⁸⁷ Importantes instrumentos multilaterais sobre o tema são: a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, adotada em 8 de novembro de 1990 e a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo, adotada em 16 de maio de 2005, e que ainda não se encontra em vigor.

criminalizada a partir do momento em que sua nocividade ao meio social foi percebida em nível internacional.⁸⁸

Assinala ainda, a supra citada autora, que os primeiros textos de tratados e convenções internacionais sobre a matéria, “não traziam, contudo, normas processuais ou de cooperação propriamente processual. Constituíam apenas compromissos para o alcance de fins comuns, no máximo facilitando o processo e julgamento de delitos por intermédio de cláusulas elásticas de fixação de competência [...]”.⁸⁹ Portanto, em certa medida, tais disposições não passavam de um abrandamento do princípio da territorialidade da lei penal.

Os temas relacionados à cooperação internacional em matéria penal passaram a constituir o centro de debates em diversos congressos e conferências internacionais. Assim é que no Primeiro Congresso Penitenciário, realizado em Londres, em 1872, e nos seguintes, realizados em Roma (1885) e em Paris (1895), se chegou mesmo a propugnar-se a urgente necessidade de estabelecer uma união entre as polícias dos diversos Estados, com o propósito de facilitar a detenção de criminosos fugitivos, e uma racional e adequada conexão entre os juízes da Europa, destinada a permitir também um melhor enfrentamento de tal problema.⁹⁰

Em abril de 1916, realizou-se em Mônaco, o Primeiro Congresso de Polícia Judicial, reunindo agentes policiais e juristas de 14 (quatorze) Estados europeus para, entre si, discutirem estratégias comuns a adotar frente aos delitos internacionais e fixar as bases da então futura Organização Internacional de Polícia Criminal (OIPC – Interpol), cuja constituição formal se concretizou, após as duas grandes guerras mundiais, na Conferência de Bruxelas de 1946.⁹¹ Segundo nos informa Adriana Di Giovanni, foram quatro os principais

⁸⁸ Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113-114.

⁸⁹ Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 114 e 111.

⁹⁰ Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 2.

⁹¹ Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 2-3. Registre-se ainda que, o ato de

pontos então submetidos à discussão pelos delegados dos 14 (quatorze) países representados no referido congresso: a) a adoção de meios adequados para acelerar e simplificar a detenção de delinquentes; b) o aperfeiçoamento dos métodos de identificação; c) a elaboração de um fichário central internacional; e d) a unificação dos procedimentos instrumentais da extradição.⁹²

Em 20 de fevereiro de 1928, na Sexta Conferência Internacional Americana, reunida na cidade de Havana, foi adotada a Convenção de Direito Internacional Privado, também denominada “Código de Bustamante”, que se destaca por tratar-se do primeiro acordo multilateral celebrado entre Estados americanos, em que se adotam normas processuais sobre a extradição; e também contempla normas sobre a tramitação de cartas rogatórias.⁹³

A partir da década de 1950, começou a se intensificar a adoção de convenções multilaterais, sobretudo no âmbito do Conselho da Europa, disciplinando as mais variadas formas de cooperação penal internacional, com previsão de normas processuais de caráter mais específico. Assim é que, em 13 de dezembro de 1957, adotou-se a Convenção Européia sobre Extradicação⁹⁴ e, em 20 de abril 1959, a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal⁹⁵. Ressalte-se que ambos os instrumentos elencam normas

constituição da Interpol não é um acordo internacional, não sendo submetido, então, à ratificação pelos Estados. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1014.

⁹² DI GIOVANNI, Adriana. La cooperación policial internacional. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 192.

⁹³ Participaram da referida Conferência os seguintes países: Peru, Uruguai, Panamá, Equador, México, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguai, Haiti, República Dominicana, Estados Unidos da América e Cuba. O Brasil ratificou o Código de Bustamante em 3 de Agosto de 1929. Cf. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. *Convenção de Direito Internacional Privado*, adotada em 20 de Fevereiro de 1928. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>. Acesso em: 22/08/2007.

⁹⁴ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Extradition*. Paris, 13.XII.1957. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>. Acesso em: 24/03/2007. Convém mencionar que os dois Protocolos Adicionais à referida convenção foram adotados, respectivamente, em 15 de outubro de 1975, e em 17 de março de 1978.

⁹⁵ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em:

de natureza processual, prevendo medidas concretas de cooperação interestatal, não se restringindo apenas à assunção de compromissos vagos ou à mera declaração de propósitos de caráter geral entre os Estados. Desde então, a cooperação em matéria penal tem se traduzido na proliferação de cada vez mais novos instrumentos internacionais.

Após a adoção dos dois instrumentos supra mencionados, a Associação Internacional de Direito Penal, juntamente com a Organização das Nações Unidas e a Associação Internacional dos Magistrados, em congresso realizado em 1963, em Haia, constataram que as medidas até então tomadas em matéria de cooperação penal internacional já não eram suficientes para atender à nova realidade⁹⁶, propugnando por novas formas de cooperação penal internacional.⁹⁷

A partir de então, intensifica-se a ampliação do leque de formas de cooperação penal internacional. Inúmeras outras convenções, adotadas no âmbito do próprio Conselho da Europa, passaram a disciplinar as mais variadas formas de cooperação internacional em matéria penal, bem como a dispor sobre modalidades de cooperação especialmente direcionadas ao tratamento de temas mais específicos, como o terrorismo, a “lavagem” de dinheiro, a corrupção etc. Assim é que, em 30 de novembro de 1964, o Conselho da Europa adota a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente⁹⁸, e posteriormente, já na década de setenta, a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais⁹⁹ (em 28 de maio de 1970), a

22/01/2007. Os dois Protocolos Adicionais à citada convenção foram adotados em 17 de março de 1978, e em 8 de novembro de 2001.

⁹⁶ Registre-se que isto fora constatado após se passarem apenas quatro anos desde a adoção da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, e apenas seis anos após a adoção da Convenção Européia sobre Extradicação.

⁹⁷ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados: execução de sentença penal estrangeira: novo conceito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 10, 1995. p. 107.

⁹⁸ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders*. Strasbourg, 30.XI.1964. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>. Acesso em: 13/02/2007.

⁹⁹ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*. The Hague, 28.V.1970. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/070.htm>. Acesso em: 12/04/2007.

Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais¹⁰⁰ (em 15 de maio 1972) e a Convenção Europeia para a Repressão ao Terrorismo¹⁰¹ (em 27 de janeiro de 1977).

Na década de 1980, destaca-se a adoção, também pelo Conselho da Europa, da Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas¹⁰², em 21 de março de 1983. Posteriormente, já na década de noventa, merecem destaque a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime¹⁰³, adotada em 8 de novembro de 1990, e a Convenção Penal sobre a Corrupção¹⁰⁴, adotada pelo Conselho da Europa, em 27 de janeiro de 1999.

Com o advento do novo milênio, intensificam-se os esforços no combate ao terrorismo internacional e à criminalidade informática transnacional. Em 23 de novembro de 2001, o Conselho da Europa adota a Convenção sobre o Cibercrime¹⁰⁵ – sendo o primeiro instrumento internacional especificamente direcionado ao combate às condutas lesivas a interesses jurídicos envolvendo as modernas tecnologias da informática e de telecomunicações. Em 16 de maio de 2005, visando aumentar a eficácia dos instrumentos anteriores no combate ao terrorismo, o Conselho da Europa adota a Convenção para a

¹⁰⁰ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*. Strasbourg, 15.V.1972. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>. Acesso em: 12/04/2007.

¹⁰¹ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Suppression of Terrorism*. Strasbourg, 27.I.1977. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/090.htm>. Acesso em: 15/02/2007.

¹⁰² COUNCIL OF EUROPE. *Convention on the Transfer of Sentenced Persons*. Strasbourg, 21.III.1983. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>. Acesso em: 23/02/2007.

¹⁰³ COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. Warsaw, 16.V.2005. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>. Acesso em: 13/04/2007.

¹⁰⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption*. Strasbourg, 27.I.1999. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>. Acesso em: 24/10/2006.

¹⁰⁵ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

Prevenção do Terrorismo¹⁰⁶ e também a Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo¹⁰⁷.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), registre-se que, em 19 de dezembro de 1988, adotou-se a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas¹⁰⁸, sendo considerada, ainda nos dias atuais, um dos mais relevantes instrumentos internacionais sobre o tema da cooperação penal internacional, especificamente em matéria de repressão às condutas relacionadas ao tráfico de drogas. Além de contemplar em seu artigo 7.º, todo um extenso rol de variadas normas no tocante ao “auxílio judiciário mútuo”, e no art. 5.º, que prevê normas sobre o auxílio mútuo para fins de confisco de produtos e instrumentos do crime, este instrumento internacional também prevê normas relativas a outras formas de cooperação penal internacional, como a transmissão de processos penais (art. 8.º) e a extradição (art. 6.º).

Importante assinalar também que, em 14 de dezembro de 1990, durante a 68ª sessão plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas adotou-se, através de uma série de resoluções, quatro “tratados tipo” destinados a servir como modelos a serem utilizados pelos Estados, com caráter de recomendação (não vinculatórios), quando da celebração de tratados e acordos bilaterais sobre cooperação penal internacional. Assim é que restaram aprovados o Tratado Tipo de Extradição¹⁰⁹, o Tratado Tipo de Auxílio Judiciário Mútuo em

¹⁰⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*. Warsaw, 16.V.2005. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm>. Acesso em: 11/04/2007.

¹⁰⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. Warsaw, 16.V.2005. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>. Acesso em: 13/04/2007. Registre-se que esta convenção, até a data de 15 de setembro de 2007, ainda não se encontra em vigor.

¹⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, adotada em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/38.pdf. Acesso em: 22/02/2007.

¹⁰⁹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Tratado Tipo de Extradição*, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/116, de 14 de Dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.gdpc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-CoopInt-TrTipoExtradicao-LXXXI.html>. Acesso em: 22/02/2007.

Matéria Penal¹¹⁰ e o seu Protocolo Facultativo, o Tratado Tipo sobre a Transferência da Vigilância de Delinquentes Condenados ou Libertados Condicionamente¹¹¹, assim como o Tratado Tipo sobre a Transmissão de Processos Penais.¹¹²

Ainda no âmbito da ONU, igualmente merecem destaque a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional¹¹³, adotada em 15 de novembro de 2000 e destinada ao combate às manifestações transnacionais do crime organizado em suas mais variadas vertentes; a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo¹¹⁴, adotada em 9 de dezembro de 1999; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹¹⁵, adotada em 31 de outubro de 2003, que, a exemplo da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), também contemplam normas relativas às mais variadas formas de cooperação internacional em matéria penal no âmbito dos respectivos temas tratados.

No âmbito da União Européia, o Tratado de Maastricht ou Tratado da União Européia (TUE), de 1992, também tratou expressamente da questão da cooperação

¹¹⁰ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Tratado Tipo de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal*, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/117, de 14 de Dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-CoopInt-TrTipoAuxilioJudiciario-LXXXII.html>. Acesso em: 22/02/2007.

¹¹¹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Tratado Tipo sobre a Transferência da Vigilância de Delinquentes Condenados ou Libertados Condicionamente*, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/119, de 14 de Dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-17.html>. Acesso em: 22/02/2007.

¹¹² Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Tratado Tipo sobre a Transmissão de Processos Penais*, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/118, de 14 de Dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-pcjp-10.html>. Acesso em: 22/02/2007.

¹¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, adotada em 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>. Acesso em: 23/02/2007.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo*, adotada em 9 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/31_ONU_terrorismo.pdf. Acesso em: 17/01/2007.

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada em 31 de outubro de 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm. Acesso em: 17/01/2007.

internacional em matéria penal ao estabelecer, em seu Título VI, as “Disposições relativas à cooperação no domínio da Justiça e dos Assuntos Internos”, *in verbis*:

Artigo K.1.

Para a realização dos objetivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios:

[...] 7. **A cooperação judiciária em matéria penal;**

[...] 9. **A cooperação policial** tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol). [...]

Artigo K.3.

1. Nos domínios a que se refere o artigo K.1, os Estados-membros devem informar-se e consultar-se mutuamente no âmbito do Conselho, de modo a coordenarem a sua ação. Para o efeito, devem instituir uma colaboração entre os competentes serviços das respectivas administrações.

2. O Conselho pode: [...]

- por iniciativa de qualquer Estado-membro, nos domínios a que se referem os pontos 7 a 9 do artigo K.1: [...]

c) Sem prejuízo do disposto no artigo 220 do Tratado que institui a Comunidade Europeia, elaborar **convenções** e recomendar a sua adoção pelos Estados-membros, nos termos das respectivas normas constitucionais. [grifos nossos].¹¹⁶

Note-se, portanto, que o referido instrumento, responsável pela instituição formal da propriamente dita “União Europeia”¹¹⁷ – representando uma nova etapa (política) no gradativo processo de integração do continente europeu, iniciado com a constituição da

¹¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. 1992. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>. Acesso em: 23/03/2007.

¹¹⁷ Neste sentido conferir: “[...] *Artigo A*. Pelo presente Tratado, as Altas Partes Contratantes instituem entre si uma **União Europeia**, adiante designada por «União». O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos. A União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado. A União tem por missão organizar de forma coerente e solidária as relações entre os Estados-membros e entre os respectivos povos. [grifos nossos]”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*, feito em Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>. Acesso em: 23/03/2007.

então denominada “Comunidade Européia”, caracterizada pelos processos de integração econômica¹¹⁸ – dispõe expressamente acerca da cooperação policial e judiciária em matéria penal, afirmando que os Estados-membros devem informar-se e consultar-se mutuamente, no âmbito do Conselho da União Européia¹¹⁹, em busca de uma atuação coordenada e colaborativa. Dispõe, ainda, que o próprio Conselho poderá elaborar convenções internacionais em matéria de cooperação no combate ao crime.¹²⁰

Algumas convenções sobre cooperação penal internacional, passaram, portanto, a cuidar da matéria no âmbito da União Européia, dentre as quais podemos citar: a Convenção relativa à criação de um Serviço Europeu de Polícia – denominada Convenção Europol – adotada em 26 de julho de 1995¹²¹; a Convenção relativa à Extradição entre os Estados membros da União Européia, adotada em 27 de setembro de 1996¹²²; a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União

¹¹⁸ O Tratado que institui a Comunidade Européia, foi feito em Roma, aos 25 de março de 1957. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado que institui a Comunidade Européia*. Disponível em: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf. Acesso em: 22/08/2007.

¹¹⁹ Convém explicitar que o denominado “Conselho da União Européia” não se confunde com o já mencionado “Conselho da Europa”. Pois, enquanto o primeiro trata-se apenas de um órgão integrante da estrutura comunitária européia, o segundo trata-se de uma verdadeira organização internacional com personalidade jurídica de direito internacional público.

¹²⁰ Convém ressaltar que a referida cooperação em matéria penal, prevista pelo Tratado da União Européia, resta assentada sob uma base de natureza eminentemente intergovernamental. De forma que, não há ainda um direito supranacional comunitário europeu no que se refere ao tema da cooperação em matéria penal, embora alguns autores entendam que há uma certa abertura legislativa para este desiderato no referido tratado. Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 122. Sobre o assunto cf. SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. Bases de uma dogmática jurídico-penal supranacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, 1995. Neste sentido, afirma Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, que “embora mantendo a natureza intergovernamental desta cooperação, o Tratado de Maastricht integrou-a no Terceiro Pilar, dotando-a, conforme Garcia Marques, de alguns traços de comunitarização, reforçando-a e promovendo-a, sendo considerada, pelos Estados membros, como de seu interesse comum”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extraditacional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 41.

¹²¹ UNIÃO EUROPÉIA. *Convenção que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol)*. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/conv-rar-60-1997.html>. Acesso em: 23/01/2007. Trata-se de instrumento que prevê formas de cooperação eminentemente “policial”.

¹²² UNIÃO EUROPÉIA. *Convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros da União Européia*. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-40-1998.html>. Acesso em: 21/01/2007.

Européia, adotada em 29 de maio de 2000¹²³ e o seu Protocolo Adicional, adotado em 16 de outubro de 2001¹²⁴.

É preciso ressaltar que, geralmente, os referidos instrumentos, celebrados no âmbito da União Europeia, visam complementar as disposições contidas nas convenções já previamente adotadas no âmbito do Conselho da Europa. Assim aconteceu com a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Europeia, que, ao disciplinar as suas “relações com outras convenções sobre auxílio judiciário mútuo”, dispõe expressamente em seu art. 1.º que:

1. A presente Convenção tem por objetivo completar as disposições e facilitar a aplicação entre os Estados membros da União Europeia: a) Da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 20 de Abril de 1959, a seguir denominada ‘Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo’; b) Do Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo, de 17 de Março de 1978; [...].¹²⁵

Convém acrescentar ainda que, antes da instituição formal da denominada União Europeia pelo Tratado de Maastricht, um grupo de países formado por França, Alemanha, Bélgica, Holanda e Luxemburgo celebraram, em 14 de junho de 1985, o denominado Acordo de Schengen, cujo objetivo era a supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns dos países signatários, em relação à circulação das pessoas, e facilitar o transporte e a circulação de mercadorias. Em 19 de Junho de 1990, os mesmos Estados

¹²³ UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia*. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html. Acesso em: 21/11/2006.

¹²⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Protocolo da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia*. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-61-2006.html>. Acesso em: 21/02/2006.

¹²⁵ Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia*, adotada em 29 de maio de 2000. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html. Acesso em: 21/11/2006. Note-se que, disposição semelhante também encontra-se prevista na Convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros da União Europeia, que estabelece, em seu art. 1.º, que “1. A presente Convenção tem por objeto completar as disposições e facilitar a aplicação, entre os Estados membros da União Europeia: - Da Convenção Europeia de Extradição de 13 de Dezembro de 1957, adiante designada ‘Convenção Europeia de Extradição’; - Da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo de 27 de Janeiro de 1977, adiante designada ‘Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo’; [...]”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros da União Europeia*, adotada em Dublin, em 27 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-40-1998.html>. Acesso em: 21/01/2007.

celebraram a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, com o objetivo de regular, entre os países signatários, os temas de concessão de vistos e de asilo, as políticas de imigração, a cooperação policial, o auxílio mútuo em matéria penal, a extradição e a transferência de pessoas condenadas¹²⁶, uma vez que era necessário intensificar a cooperação entre estes países para compensar a deficiência de segurança gerada com a supressão do controle nas fronteiras comuns.¹²⁷ Aos primeiros subscritores do Acordo de Schengen, uniram-se, posteriormente, através da celebração de Acordos de Adesão, a Itália, em 1990, a Espanha e Portugal, em 1991, a Grécia, em 1992, a Áustria, em 1995, e a Finlândia, a Suécia e a Dinamarca, em 1996; isto é, todos os Estados membros da União Européia à época, exceto o Reino Unido e a Irlanda, bem como dois Estados não-membros: Noruega e Islândia, com os quais foi firmado Acordo de Cooperação Paralela.¹²⁸

No continente americano, importantes instrumentos multilaterais sobre cooperação em matéria penal também foram adotados, tratando de disciplinar, em maior ou menor grau, as mesmas formas de cooperação previstas nos instrumentos adotados pelo Conselho da Europa.

¹²⁶ As disposições relativas às modalidades de cooperação penal internacional dispostas na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen têm como objetivo, claramente declarado em seu texto, complementar as disposições constantes das convenções, sobre os mesmos temas, já previamente adotadas no âmbito do Conselho da Europa. Neste sentido conferir o parágrafo 1.º do artigo 48 da referida Convenção, *in verbis*: “As disposições do presente capítulo têm por objetivo completar a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em matéria penal, de 20 de Abril de 1959 [...]”; o parágrafo 1.º do artigo 59, *in verbis*: “As disposições do presente capítulo têm por objetivo completar a Convenção Européia de Extradição de 13 de Setembro de 1957 [...]”; e o artigo 67, *in verbis*: “As disposições que se seguem têm por objetivo completar a Convenção do Conselho da Europa de 21 de Março de 1983 sobre a transferência de pessoas condenadas, entre as Partes Contratantes que são Parte na referida Convenção”. Cf. EUROPEAN UNION. Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic, on the gradual abolition of checks at their common borders. In: *The Schengen acquis: integrated into the European Union*. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-EN.pdf>. Acesso em: 20/08/2007.

¹²⁷ VAREJÃO, Marcela. Desenvolvimento da cooperação penal internacional: sob o impulso da economia do crime. In: *Verba juris: Anuário da pós-graduação em Direito*, ano 1, n. 1, jan./dez. 2002, João Pessoa: Editora Universitária, 2002. p. 135

¹²⁸ Cf. MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34/ Edesp, 2004. p. 68-69.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), destacam-se a Convenção Interamericana sobre Extradução¹²⁹, adotada em 25 de fevereiro de 1981, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal¹³⁰, adotada em 23 de maio de 1992, a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior¹³¹, adotada em 9 de junho de 1993, a Convenção Interamericana contra a Corrupção¹³², adotada em 29 de março de 1993 e a Convenção Interamericana contra o Terrorismo¹³³, adotada em 3 de junho de 2002.

No âmbito do Mercosul, temos o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais¹³⁴, adotado em 25 de julho de 1996, o Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul¹³⁵, adotado em 10 de dezembro de 1998, e o Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile¹³⁶, adotado em 10 de dezembro de 1998.

Enfim, nas últimas décadas, a cooperação internacional em matéria penal experimentou considerável desenvolvimento graças à adoção de inúmeros tratados e convenções internacionais específicas sobre a matéria. Note-se, portanto, que é inquestionável a influência do direito convencional, determinando o que se tem comumente chamado de

¹²⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Extradición*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>. Acesso em: 14/10/2006.

¹³⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

¹³¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-57.html>. Acesso em: 14/11/2006.

¹³² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>. Acesso em: 14/10/2006.

¹³³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra el Terrorismo*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.html>. Acesso em: 14/10/2006.

¹³⁴ MERCOSUL. *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mercopenal.htm>. Acesso em: 02/10/2006.

¹³⁵ MERCOSUL. *Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_3268.htm. Acesso em: 22/11/2006. Registre-se que o referido Acordo entrou internacionalmente em vigor em 01/01/2004, para o Brasil e o Uruguai, únicos dois países que até o momento o ratificaram.

¹³⁶ MERCOSUL. *Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5867_2006.htm. Acesso em: 24/11/2006.

“institucionalização jurídica da cooperação internacional”¹³⁷ e a intensificação do desenvolvimento de novas formas de cooperação.

Com os seus novos contornos, a cooperação penal internacional, de fato, se constitui, atualmente, no foco de atenção de expressivo número de países e organizações internacionais que, nas últimas décadas, tem constantemente legislado internamente e celebrado numerosos tratados multilaterais e bilaterais¹³⁸ sobre a matéria.

É mister ressaltar que, o desenvolvimento histórico da cooperação internacional em matéria penal, especialmente no tocante aos seus aspectos processuais, foi impulsionado pelas preocupações crescentemente manifestadas pelos Estados em relação aos delitos de natureza transnacional, que ganharam vulto e se diversificaram com as profundas alterações provocadas pelo fenômeno da globalização e pela crescente proliferação dos meios de comunicação e transporte.

A crescente internacionalização das sociedades provocou uma considerável transformação na abordagem do problema da criminalidade, ampliando de forma acentuada o número de atos que passaram a ser considerados criminosos, e desenvolvendo, entre os

¹³⁷ Neste sentido, Carolina Cardoso Guimarães Lisboa afirma que: “[...] Destarte, o complexo normativo estruturado por todos esses tratados e normas internas, que respondem a uma similar filosofia de regulação das peculiaridades dos níveis ou graus de assistência, aos princípios funcionais e garantias, implementa o que entendemos como a institucionalização jurídica da Cooperação Internacional em matéria penal [...] sendo hoje consagrada pelos Estados através das convenções bilaterais ou multilaterais, bem como dos ordenamentos internos”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 42. No mesmo sentido, Ricardo Gorosito Zuluaga afirma que “A crescente internacionalização das sociedades colocou em evidência problemas relacionados ao auxílio internacional em matéria penal, demonstrando a necessidade de propagação dos vínculos jurídicos e incrementando, assim, a institucionalização cooperativa das relações recíprocas [...]”. Cf. ZULUAGA, Ricardo Gorosito. Una visión macropolítica de los procesos de la cooperación en el contexto del emergente orden post-estatal. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 263.

¹³⁸ Em se tratando de tratados bilaterais, todos os países, em maior ou menor quantidade, firmaram-nos. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio/jun. 2004. p. 7. Registre-se, a título meramente ilustrativo, que o Brasil já celebrou tratados bilaterais sobre o tema da cooperação penal internacional *lato sensu* – isto é, relativos à extradição, auxílio mútuo ou transferência de condenados – com a Argentina, Alemanha, Austrália, Bélgica, Bolívia, Canadá, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Lituânia, México, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça, Uruguai, Venezuela. Cf. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/quadros.htm>. Acesso em: 6 de Abril de 2007.

Estados, a idéia de propagação dos vínculos jurídicos.¹³⁹ A necessidade da adoção de medidas voltadas ao combate às manifestações transnacionais da criminalidade, bem como para superar as dificuldades derivadas dos desajustes normativos do direito interno dos diversos Estados, determinou a proliferação de normas convencionais, marcando a institucionalização jurídica da cooperação penal internacional, através da consagração de suas distintas formas, perfilando um estatuto global para os diversos atores da sociedade internacional.¹⁴⁰

O constante aperfeiçoamento da cooperação penal internacional surge-nos, pois, como uma exigência natural do próprio processo de globalização, impondo-se gradualmente como mecanismo insuperável na luta contra a criminalidade transnacional, seja no domínio das relações bilaterais entre os Estados, seja no âmbito multilateral, em instâncias internacionais como a ONU, a União Européia, o Conselho da Europa, a OEA ou o Mercosul.

2.3 Conceito

Raúl Cervini nos informa que, já no ano de 1925, de forma a abranger conceitualmente os meios e recursos destinados a combater as manifestações transnacionais da criminalidade, Maurice Travers cunhou a expressão “entre-ajuda” penal (*l’entraide*, em francês), também conhecida posteriormente, entre alguns autores americanos, como “extra-ajuda” penal.¹⁴¹ O autor se referia aos diversos tipos ou formas de colaboração processual em matéria penal que poderiam ser prestadas pelos Estados.

Modernamente, a terminologia empregada para designar o instituto, nos diversos instrumentos normativos existentes, bem como na doutrina, não é uníssona; “orienta-

¹³⁹ Cf. ZULUAGA, Ricardo Gorosito. Una visión macropolítica de los procesos de la cooperación en el contexto del emergente orden post-estatal. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 263.

¹⁴⁰ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 40.

¹⁴¹ Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 5.

se pelo entendimento mais, ou menos, abrangente do seu campo de aplicação, e é, sempre, influenciada pela tradição jurídica de cada país”.¹⁴²

Dessa forma, verifica-se a utilização, tanto nos textos normativos como nas obras doutrinárias, de uma variedade de expressões, ora empregadas indistintamente para designar o mesmo objeto empírico, ora utilizadas como forma de estabelecer distinções pontuais entre o que se acredita tratarem-se de espécies distintas pertencentes a um mesmo “gênero” de atividades.

A lei portuguesa n. 144/99, de 31 de agosto de 1999, emprega a expressão “cooperação **judiciária** internacional em matéria penal”, significando um gênero de atividades dentre as quais se enquadram, como suas espécies, a extradição, a transmissão de processos penais, a execução de sentenças penais estrangeiras, a transferência de pessoas condenadas, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente e o auxílio judiciário mútuo em matéria penal – este último compreensivo de uma ampla gama de atos de natureza processual¹⁴³.

O Tratado da União Européia, de 1992, utiliza-se das expressões “cooperação **policia**l” e “cooperação **judiciária** em matéria penal”, estabelecendo um paralelo entre a cooperação prestada por autoridades administrativas e aquela prestada por autoridades judiciais.¹⁴⁴

Raúl Cervini prefere utilizar-se da expressão “cooperação **judicial** penal internacional”, estabelecendo um paralelo com a cooperação dita “administrativa”, que é,

¹⁴² SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 133.

¹⁴³ Cf. o parágrafo 1.º do artigo 1.º da referida lei, *in verbis*: “O presente diploma aplica-se às seguintes formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal: a) Extradição; b) Transmissão de processos penais; c) Execução de sentenças penais; d) Transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade; e) Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente; f) Auxílio judiciário mútuo em matéria penal. [...]”. Cf. PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007.

¹⁴⁴ Conforme o Título VI, Artigo K.1, itens 7 e 9. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado da União Européia* (TUE), adotado em Maastricht, em 07 de Fevereiro de 1992. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>. Acesso em: 23/03/2007.

segundo o autor, “fundamentalmente policial, mas que pode ter outras expressões não necessariamente conectadas com a polícia”.¹⁴⁵

Solange Mendes de Souza utiliza-se da expressão “cooperação **jurídica** penal internacional”, entendendo ser mais correta a utilização da referida expressão, por abranger não apenas a cooperação prestada entre autoridades judiciárias, mas também a cooperação entre autoridades policiais ou administrativas.¹⁴⁶

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover faz uso do termo genérico “**cooperação internacional** em matéria penal” para abranger todas as formas de colaboração entre Estados nesta área: extradição, execução de sentenças penais estrangeiras etc.¹⁴⁷ Semelhante critério também foi adotado pela Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime ao empregar-se a expressão genérica “cooperação internacional”, para referir-se às espécies de colaboração interestatal presentes em seu texto: extradição e auxílio mútuo em matéria penal.¹⁴⁸

Didier Operti Badán, por outro lado, utiliza as expressões “**assistência** penal internacional” e “**cooperação** penal internacional” como sinônimos¹⁴⁹, e Victor H. Bermúdez prefere o uso da expressão “cooperação **jurisdiccional** em matéria penal”¹⁵⁰.

¹⁴⁵ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 5.

¹⁴⁶ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3. No mesmo sentido conferir também BERGMAN, Eduardo Tellechea. La cooperación jurídica internacional del mero tramite y probatoria: un instrumento para la integración jurídica internacional. In: SOSA, Angel Landoni (Org.). *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. p. 149-164.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio/jun. 2004. p. 4-5.

¹⁴⁸ Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006. O mesmo critério também foi utilizado em outras convenções adotadas no âmbito do Conselho da Europa, como a Convenção Penal sobre a Corrupção. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption*. Strasbourg, 27.I.1999. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>. Acesso em: 24/10/2006.

¹⁴⁹ Cf. BADÁN, Didier Operti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales com especial referencia a los ultimos desarrollos convencionales en el ambito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 219.

¹⁵⁰ BERMÚDEZ, Victor H. La cooperación jurisdiccional en materia penal: la extradición. In: SOSA, Angel Landoni (org.). *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. p. 193.

Enfim, diante da diversidade de expressões utilizadas pela doutrina para designar o instituto ora em análise, optamos por utilizar, no âmbito do presente trabalho, o termo genérico “cooperação internacional em matéria penal” ou “cooperação penal internacional”, para designar as várias formas de colaboração interestatal nesta área. Pois, apesar das palavras “cooperação”, “auxílio”, “ajuda” e “assistência”, serem consideradas sinônimos¹⁵¹, a maioria dos instrumentos normativos sobre a matéria, objeto de nossa análise, estabelecem distinções entre os significados dos referidos termos. De forma que, geralmente, as convenções, tratados e leis internas analisadas, apontam para o uso do termo genérico “cooperação internacional”, abrangendo como uma de suas espécies o “**auxílio** mútuo” ou “**assistência** mútua” em matéria penal¹⁵², juntamente com as outras formas de cooperação, como a extradição, a execução de sentenças penais estrangeiras, a transmissão de processos penais, a transferência de pessoas condenadas etc.

¹⁵¹ Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico*: século XXI. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM.

¹⁵² Neste sentido conferir a Convenção Penal sobre a Corrupção, que, em seu Capítulo IV, trata da “cooperação internacional” em que constam disposições tanto sobre a “extradição” (artigo 27) como sobre o “auxílio mútuo” (artigo 26). Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption*. Strasbourg, 27.I.1999. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>. Acesso em: 24/10/2006. Da mesma forma, a Convenção sobre o Cibercrime trata, em seu Capítulo III, das disposições sobre “cooperação internacional”, prevendo normas sobre “extradição” em seu artigo 24, e sobre “auxílio mútuo” nos artigos 25 a 35. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006. O mesmo critério também foi utilizado em outras convenções adotadas fora do âmbito do Conselho da Europa, como, p. ex. a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, que, em seu artigo 6.º, elenca normas sobre “extradição”, no artigo 7.º sobre “auxílio judiciário mútuo”, e o artigo 8.º trata da “transmissão de processos penais”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, adotada em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/38.pdf. Acesso em: 22/02/2007. A Convenção das Nações Unidas contra o Criminalidade Organizada Transnacional traz, em seu artigo 16, normas sobre a “extradição”, no artigo 17 trata da “transferência de pessoas condenadas” e no artigo 18 cuida do “auxílio judiciário mútuo”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, adotada em 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>. Acesso em: 23/02/2007. Da mesma forma a Lei n. 24.767 da Argentina, que dispõe sobre “*cooperación internacional en materia penal*”, estabelece em sua Parte II, normas sobre “*extradición*”; na Parte III, cuida especialmente da “*asistencia en la investigacion y juzgamiento de delitos*”; e na Parte IV trata do “*cumplimiento de condenas*”. Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal* (Ley 24.767, sancionada: Diciembre 18 de 1996). Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007.

Por outro lado, nos alerta Solange Mendes de Souza que a adjetivação do termo em “judiciário”, “judicial”, “jurisdicional” ou “jurídico” merece um pouco mais de reflexão: “é que jurisdicional, judiciário ou judicial¹⁵³ se prendem exclusivamente ao campo de atuação do Poder Judiciário, ao passo que jurídico¹⁵⁴ refere-se ao que é regular, legal, conforme a lei”.¹⁵⁵

Em decorrência disso, o instituto pode ser entendido em um plano estritamente “judicial”, isto é, sempre dependente da atuação de um juiz ou magistrado, ou em uma acepção mais ampla, permitindo abranger a cooperação entre autoridades policiais ou do Ministério Público, sem a necessária intervenção do Poder Judiciário¹⁵⁶ – possibilidade esta efetivamente presente em vários instrumentos normativos nacionais e internacionais, conforme oportunamente se demonstrará.

Atendendo a esta diferenciação, Raúl Cervini reconhece duas formas de cooperação penal internacional: a administrativa, sendo fundamentalmente **policial**, e a cooperação **judicial** penal internacional, prestada entre órgãos judiciais.¹⁵⁷ Entretanto, o autor ressalva que, atendendo à diversidade dos sistemas jurídicos dos Estados envolvidos nos procedimentos de cooperação, pode-se admitir sob a rubrica de cooperação **judicial** penal internacional aqueles atos de colaboração praticados não só entre juízes, mas também entre as

¹⁵³ Judicial: “Derivado do latim *judicialis*, é empregado comumente para indicar ou exprimir todos os atos ou todas as coisas que se fazem em juízo ou segundo a autoridade do juiz, e que pertencem à justiça. Opõe-se, desse modo, a extrajudicial, que é o que se faz fora de juízo e sem assistência ou autoridade do juiz. É o judicial tido em sentido equivalente a judiciário, quando empregado como adjetivo. *Judicial* ou *judiciário*, assim, têm análogo sentido”. Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. III. p. 9.

¹⁵⁴ Jurídico: “Derivado do latim *juridicus*, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer), entende-se, na significação em que é tido, como tudo o que é regular, que é legal, que é conforme ao Direito. Desse modo, a qualidade de *jurídico* evidencia a de justo e legal, porque mostra estar dentro da justiça e da ordem judiciária. Assim sendo, o vocábulo *jurídico* exprime o sentido de legítimo, de legal, de justo, segundo as circunstâncias em que seja aplicado, ao mesmo tempo que revela o ato ou tudo o que se apresenta apoiado na Lei ou no Direito.” Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. III. p. 26.

¹⁵⁵ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135.

¹⁵⁶ Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135.

¹⁵⁷ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 5-6.

autoridades do Ministério Público¹⁵⁸, razão pela qual – admite o autor – apesar de se utilizar do termo cooperação **judicial** penal internacional, considera que, sob este ponto de vista, seria tecnicamente mais adequado fazer uso da expressão, mais compreensiva, “cooperação **jurisdicional** penal internacional”.

Portanto, para Raúl Cervini, a cooperação judicial ou jurisdicional penal internacional constitui uma das espécies da cooperação penal internacional *lato sensu*, que abrangeria também os atos de cooperação estritamente administrativa ou policial.¹⁵⁹

No presente trabalho optamos por não sublinhar esta distinção entre cooperação **policial** internacional e cooperação **judicial** internacional, pois entendemos que, na prática, o que irá determinar o enquadramento de um ato de cooperação entre Estados em uma ou outra rubrica, será a distribuição das competências, em nível interno, pelo ordenamento jurídico de cada Estado respectivo. De tal forma que, um mesmo ato de cooperação, porventura prestado unicamente por autoridades judiciais em um Estado, poderá ser legitimamente prestado por autoridades administrativas ou ministeriais em um outro Estado, conforme assim o autorizar o seu respectivo direito interno. E percebe-se que esta possibilidade torna-se muito mais factível no amplo contexto dos países integrantes de organismos internacionais com vocação universal ou regional, como a Organização das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Européia, herdeiros que são, no mais das vezes, de tradições jurídicas distintas.

¹⁵⁸ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 51. Registre-se que, em alguns Estados, o Ministério Público também detém funções jurisdicionais. Observe-se que o Código de Processo Penal português, no art. 1.º, parágrafo 1.º, alínea “b”, considera “autoridade judiciária” tanto os juízes, como as autoridades do Ministério Público, “cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência”. Cf. PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CPPen.htm>. Acesso em: 21/03/2007.

¹⁵⁹ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48.

Entretanto, convém não olvidar a lição de Raúl Cervini no que diz respeito ao conceito que o autor elabora sobre cooperação judicial penal internacional, podendo esta ser definida como

*[...] um conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido.*¹⁶⁰

Portanto, em linhas gerais, tratar-se-á de cooperação internacional em matéria penal quando o aparato administrativo ou judicial de um Estado recorrer à colaboração que lhe podem prestar outros Estados, por meio de suas atividades jurisdicionais ou administrativas, em matéria de natureza criminal.

2.4 Tipologia

Quanto à diversidade de tipos ou formas de cooperação penal internacional, pode-se dizer que as mesmas já ultrapassaram há muito as fronteiras do quase que exclusivo recurso à extradição.¹⁶¹

Conforme anteriormente mencionado, graças à adoção de numerosos instrumentos internacionais sobre a matéria, sobretudo a partir de meados da década de 1950, principalmente na Europa, novas formas de cooperação internacional em matéria penal foram se desenvolvendo, para fazer face à nova criminalidade transnacional que se diversificava.

¹⁶⁰ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 6.

¹⁶¹ A extradição foi, senão a única, a principal manifestação da colaboração interestatal em matéria penal, até o advento, no começo do século XX, das novas formas de cooperação penal internacional.

Reportando-nos ao momento atual, podemos dizer que a cooperação internacional em matéria penal compreende um amplo catálogo de medidas relacionadas com a atividade processual, dentre as quais se destacam, por mais comuns, as seguintes:

Extradição, que consiste na entrega de uma pessoa a um outro Estado, para ser submetida a processo e julgamento ou para cumprir pena que lhe fora imposta nesse Estado¹⁶²;

Transmissão de processos penais, que ocorre quando um Estado, competente para processar e julgar uma pessoa acusada da prática de uma infração penal, solicita a um outro Estado, igualmente competente, a instauração de um processo penal contra a mencionada pessoa¹⁶³;

Execução de sentença penal estrangeira, que consiste no cumprimento, em um determinado Estado, de sentença penal proferida em um outro Estado. A execução pode se referir tanto à aplicação de penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou penas de multa, como prevê a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais¹⁶⁴, como à aplicação de medidas de segurança, ou ainda para o efeito de reparação de danos, restituições e outros efeitos civis¹⁶⁵;

¹⁶² Hildebrando Accioly propõe o seguinte conceito: “extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo”. Cf. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 347. Em sentido semelhante também é o conceito proposto por José Francisco Rezek, para quem “extradição é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena”. Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 189.

¹⁶³ Neste sentido conferir a Convenção Européia sobre Transmissão de Processos Penais (1972), *in verbis*: “Article 6. 1. When a person is suspected of having committed an offence under the law of a Contracting State, that State may request another Contracting State to take proceedings in the cases and under the conditions provided for in this Convention. [...]”. Mas note-se que a transmissão apenas será possível quando o Estado requerido tiver competência para processar e julgar o delito: “Article 2. 1. For the purposes of applying this Convention, any Contracting State shall have competence to prosecute under its own criminal law any offence to which the law of another Contracting State is applicable. [...] Article 7. 1. Proceedings may not be taken in the requested State unless the offence in respect of which the proceedings are requested would be an offence if committed in its territory and when, under these circumstances, the offender would be liable to sanction under its own law also. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>. Acesso em 12/04/2007.

¹⁶⁴ Neste sentido conferir art. 2.º da Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais (1970), *in verbis*: “Article 2. This part is applicable to: a) sanctions involving deprivation of liberty; b) fines or confiscation; c) disqualifications”. Nos termos do Artigo 1.º, alínea “e”: *Disqualification means any loss or suspension of a right or any prohibition or loss of legal capacity*. Convém esclarecer que, de acordo com a referida Convenção, a decisão deve ser “final”. Assim, nos termos do respectivo Relatório Explicativo: “A decision is final if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res judicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves

Transferência de pessoas condenadas, que se refere à possibilidade de uma pessoa condenada, em um país estrangeiro, ao cumprimento de uma pena de prisão ou outra medida que envolva privação de liberdade¹⁶⁶, solicitar a sua transferência para o país do qual é nacional, para que aí cumpra o restante da pena ou medida privativa de liberdade que lhe fora imposta alhures.¹⁶⁷

Transmissão da vigilância sobre pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente, que consiste na possibilidade de um Estado, que tenha concedido livramento condicional ou suspensão condicional da pena imposta a um condenado, solicitar a um outro Estado, em cujo território o condenado tenha fixado sua residência habitual, que proceda à averiguação de se o condenado têm cumprido fielmente com as condições impostas pelo Estado da condenação.¹⁶⁸;

of them. An exception to this rule is provided for in Section 3 of Part II dealing with judgments rendered in absentia". Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/070.htm>. Acesso em 12/04/2007.

¹⁶⁵ Como, por exemplo, a perda de função pública ou a incapacidade temporária para a investidura em função pública ou para o exercício de profissão ou atividade, a incapacidade temporária ou permanente para o exercício de pátrio poder etc.

¹⁶⁶ Neste sentido conferir o art. 1.º, "a" da Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, adotada pelo Conselho da Europa (1983), *in verbis*: "Article 1 – Definitions. For the purposes of this Convention: a) 'sentence' means any punishment or measure involving **deprivation of liberty** ordered by a court for a limited or unlimited period of time on account of a criminal offence" [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on the Transfer of Sentenced Persons*. Strasbourg, 21.III.1983. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>. Acesso em: 23/02/2007. No tratado sobre transferência de presos celebrado entre o Brasil e o Peru também há a possibilidade de transferência de pessoas sujeitas não só à pena de reclusão ou detenção mais também à medida de segurança (art. 1.º, "f"). Disposição semelhante também foi encontrada no Acordo sobre transferência de presos celebrado entre o Brasil e o Reino Unido (art. 1.º, "c").

¹⁶⁷ A transferência de pessoas condenadas é uma medida de caráter humanitário que visa beneficiar os presos que não são nacionais do país em que cumprem pena ou medida privativa de liberdade, possibilitando o cumprimento do restante de suas penas em seu país de origem, junto a seus familiares e compatriotas, em seu ambiente cultural, facilitando, assim, a sua reintegração ao meio social. Por essa razão, a celebração de tratados sobre transferência de pessoas condenadas vem sendo influenciada pela ONU. Cf. BRASIL. *Transferência de pessoas condenadas*. 1. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/Departamento de estrangeiros, 2004.

¹⁶⁸ Neste sentido conferir a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (1964), *in verbis*: "art. 1.º. 1. As Partes Contratantes comprometem-se a prestar, de acordo com as disposições seguintes, o auxílio mútuo necessário à reabilitação social dos delinquentes referidos no artigo 2.º. Tal auxílio consiste na vigilância dos delinquentes, a qual se efetua, por um lado, por meio de medidas tendentes a facilitar a sua correção e readaptação à vida social e, por outro, pelo controle da sua conduta com vista a permitir, se for o caso, proferir a sanção ou executá-la. [...] Art. 2.º. 1. Para os fins da presente Convenção, o termo 'delinquentes' significa qualquer pessoa sobre a qual, no território de uma das Partes Contratantes, tenha incidido: a) Uma decisão judicial de culpabilidade, acompanhada de uma suspensão condicional da execução da pena; b) Uma sentença implicando privação de liberdade, pronunciada condicionalmente ou cuja execução tenha sido condicionalmente suspensa, no todo ou em parte, quer no momento da condenação, quer posteriormente". Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the*

Auxílio mútuo, que compreende um amplo elenco de medidas ordinatórias, instrutórias, probatórias ou assecuratórias, destinadas a atender aos fins de investigações e processos penais instaurados em um outro Estado, dentre as quais pode-se destacar: o fornecimento de informações sobre o direito estrangeiro e informações relativas a antecedentes criminais¹⁶⁹, envio de cópias de autos de processos penais e decisões judiciais¹⁷⁰, fornecimento dos originais ou de cópias autenticadas de documentos e registros, incluindo documentação bancária, financeira e comercial¹⁷¹, notificação de atos processuais¹⁷², localização e identificação de pessoas¹⁷³, tomada de depoimentos de testemunhas e peritos no Estado requerido¹⁷⁴, a notificação de testemunhas e peritos para comparecimento voluntário no Estado requerente para prestar depoimento¹⁷⁵, realização de buscas e apreensões¹⁷⁶, embargos, seqüestros de bens e entrega de objetos ou documentos¹⁷⁷, interceptação de telecomunicações¹⁷⁸, levantamento de sigilo bancário¹⁷⁹, realização de perícias e exames em objetos e lugares¹⁸⁰, identificação, localização e confisco dos instrumentos e produtos do crime¹⁸¹, e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

Observe-se que, de um tratamento fragmentário da ampla matéria objeto da cooperação penal internacional, cuja tônica era dada prioritária ou até exclusivamente pelo

Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders. Strasbourg, 30.XI.1964. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>. Acesso em: 13/02/2007.

¹⁶⁹ Cf. art. 24 da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

¹⁷⁰ Cf. art. 3.º da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal.

¹⁷¹ Cf. art. 7.º, parágrafo 2.º, “e” da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

¹⁷² Cf. art. 18, parágrafo 3.º “b” Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

¹⁷³ Cf. art. 2.º, “c” do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul.

¹⁷⁴ Cf. art. 3.º, parágrafo 2.º da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal.

¹⁷⁵ Cf. art. 2.º, “d” do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul.

¹⁷⁶ Cf. art. 7.º, parágrafo 2.º, “c” da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes.

¹⁷⁷ Cf. art. 13 da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal.

¹⁷⁸ Cf. art. 18 da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia.

¹⁷⁹ Cf. arts. 1.º a 3.º do Protocolo da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia.

¹⁸⁰ Cf. art. 2.º, “b” do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul.

¹⁸¹ Cf. art. 7.º et seq. da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (1990).

instituto da extradição, chega-se hoje a uma visão conjunta dos diversos instrumentos de que se serve a cooperação penal internacional.¹⁸²

Marcante exemplo dessa tendência são os tratados e convenções internacionais que regem simultaneamente mais de uma forma de cooperação. Por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, a Convenção Penal sobre Corrupção, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, a Convenção Européia para a Repressão ao Terrorismo e a Convenção sobre o Cibercrime, todas contemplam em seus respectivos textos, tanto normas relativas à extradição como ao auxílio mútuo – este compreensivo de uma ampla gama de possibilidades – e, eventualmente, também normas relativas a outras formas de cooperação.¹⁸³

Convém salientar que esta atual visão sistemática da cooperação penal internacional, profundamente influenciada pelo direito convencional, também têm influenciado os Estados a introduzir, em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, uma legislação específica sobre a matéria, destinada a conferir-lhe maior organicidade, tratando-a em uma visão de conjunto, em busca do necessário equilíbrio entre as exigências de cooperação na luta contra a criminalidade e o devido respeito aos direitos e liberdades individuais.¹⁸⁴

¹⁸² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 373, ano 100, maio/junho, 2004. p. 8.

¹⁸³ Verifique-se, por exemplo, que a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas prevê, em seu art. 8.º, a possibilidade de cooperação também no que diz respeito à “transmissão de processos penais” relativos às infrações abrangidas pelo seu texto; e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional dispõe sobre a possibilidade de cooperação no que se refere à “transferência de pessoas condenadas”, em seu artigo 17.

¹⁸⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 7. Convém relatar que muitos Estados têm introduzido em suas respectivas ordens jurídicas internas, legislação específica destinada a conferir maior eficácia à cooperação e a regular as condições em que a mesma pode efetivar-se, no marco do devido respeito aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas potencialmente afetadas pelas medidas solicitadas. Relevante exemplo dessa tendência é a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal (Lei n. 144/99), que tratou de regular, em um único texto, diversas formas de cooperação

internacional em matéria penal, todas subordinadas a um conjunto de princípios e regras gerais comuns, além de disposições específicas aplicáveis a cada uma das formas de cooperação, quais sejam: a extradição, a transmissão de processos penais, a execução de sentenças penais, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente e o auxílio judiciário mútuo em matéria penal – este compreensivo de um extenso acervo de atos de cooperação. Cf. PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (Lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007. Na Suíça há a *Loi Fédérale sur l'Entraide Internationale en Matière Pénale* (EIMP), de 20 de março de 1981, que dispõe sobre extradição, auxílio mútuo em matéria penal, transmissão de processos penais e execução de sentenças penais estrangeiras, *in verbis*: “Art. 1 [Objet] 1. A moins que d'autres lois ou des accords internationaux n'en disposent autrement, la présente loi règle toutes les procédures relatives à la coopération internationale en matière pénale, soit principalement: a) l'extradition de personnes poursuivies ou condamnées pénalement (deuxième partie); b) l'entraide en faveur d'une procédure pénale étrangère (troisième partie); c) la délégation de la poursuite et de la répression d'une infraction (quatrième partie); d) l'exécution de décisions pénales étrangères (cinquième partie). [...]”. Cf. CONFÉDÉRATION SUISSE. *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale* (EIMP) du 20 mars 1981. Disponível em: http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/al.html. Acesso em: 22/08/2007. No Reino Unido existe o *Criminal Justice (International Cooperation) Act* (1990), em vigor desde 1991, e que trata de uma variedade de modalidades de auxílio mútuo em matéria penal. Cf. UNITED KINGDOM. *Criminal Justice (International Cooperation) Act* (1990). Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900005_en_1.htm. Acesso em: 23/08/2007. Registre-se que o Brasil ainda não dispõe de uma lei específica a tratar exclusivamente do tema da cooperação penal internacional. Apesar de encontrar-se em tramitação no Congresso Nacional um projeto de lei de “cooperação judiciária internacional em matéria penal” (Projeto de lei n. 1.982/2003, baseado em anteprojeto de lei discutido pela Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE), que objetiva regulamentar “a assistência judiciária internacional em matéria penal, a ser prestada ou requerida por autoridades brasileiras, nos casos de investigação, instrução processual e julgamento de delitos, nas hipóteses em que especifica, e estabelece mecanismos de prevenção e bloqueio de operações suspeitas de lavagem de dinheiro”, a matéria atualmente encontra-se disciplinada de maneira esparsa em nosso ordenamento jurídico interno: na Constituição Federal de 1988 (artigo 7.º inciso LI, que veda a extradição de nacionais; artigo 102, inciso I, alínea “g”, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro; o artigo 105, inciso I, alínea “i”, que estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; e o art. 109, inciso X, que dispõe que cabe aos juizes federais a competência para processar e julgar, em primeira instância, a execução de carta rogatória, após a concessão de *exequatur* pelo STJ, e a sentença estrangeira, após a homologação); no Código Penal (artigo 9.º, que trata da “eficácia de sentença estrangeira”), no Código de Processo Penal, que disciplina o processamento das cartas rogatórias e da homologação das sentenças estrangeiras (artigos 780 a 790); na lei n. 6.815/80, de 19 de agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”), que contempla normas relativas à extradição (artigos 76 a 94); no art. 8.º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre cooperação em matéria de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, praticados no estrangeiro; no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigos 207 a 214, no que se refere à extradição; artigos 215 a 224 aplicáveis à homologação de sentença estrangeira; e nos artigos 225 a 229, relativos ao procedimento aplicável às cartas rogatórias); nas disposições constantes da Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, que, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a ter competência para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias oriundas de autoridades e juizes estrangeiros (art. 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal de 1988); bem como na Portaria Interministerial n. 26, de 14 de agosto de 1990, do Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e da então Secretaria Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça – atual Secretaria Nacional de Justiça – do Ministério da Justiça (publicada no Diário Oficial da União de 16 de agosto de 1990), que explicita os requisitos formais que devem revestir as cartas rogatórias ativas. Vale ainda ressaltar que encontra-se constituída, no âmbito do Poder Executivo uma “Comissão para elaboração de Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional”, instituída pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria n. 2.199, de 2004, que objetiva apresentar projeto de lei mais abrangente em matéria de cooperação internacional, abrangendo a cooperação “em matéria civil, trabalhista, previdenciária, comercial, tributária, financeira, administrativa e penal [...]”. Cf. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional*. Disponível em: <http://www.uff.br/direito/artigos/anteprojeto-de-lei.pdf>. Acesso em: 22/08/2007. Dessa forma, diante da atual inexistência de um instrumento regulador abrangente, em vigor no Brasil, sobre a matéria, reforça-se a

2.5 Fundamento jurídico

A cooperação penal internacional, em suas variadas formas, trata-se de instituto que se encontra disciplinado tanto por normas de direito interno dos Estados como por normas de direito internacional, fundamentando-se, portanto, em diplomas legais nacionais (normas constitucionais, leis ordinárias etc.), em convenções, tratados ou acordos bilaterais ou multilaterais ou, ainda, em promessa de reciprocidade¹⁸⁵ formulada pelo Estado

necessidade de negociar instrumentos internacionais que habilitem o país a responder à intensificação e ao aumento da complexidade dos pedidos de cooperação com o exterior. Cf. KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática: avaliação e propostas de atualização do quadro normativo*. Brasília: Instituto Rio Branco/Fundação Alexandre de Gusmão, 2004. p. 19. Por outro lado, cumpre destacar que, dentre os países latino-americanos, a Argentina logrou editar, em 18 de dezembro de 1996, uma lei genérica sobre cooperação internacional em matéria penal, a *Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal* (Ley n. 24.767), que regula, em um único texto, além de várias modalidades de auxílio mútuo, também a extradição e a execução de sentenças penais estrangeiras, todas subordinadas a um conjunto de princípios e regras gerais comuns, juntamente com disposições específicas aplicáveis a cada uma das medidas de cooperação. Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal* (Ley 24.767). Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007. Outros países, como o Uruguai, trataram de disciplinar o tema da cooperação internacional em matéria penal em diplomas separados, com a previsão de regras próprias aplicáveis a alguns delitos específicos, como as leis sobre entorpecentes (Lei n. 17.016, de 22 de outubro de 1998) e sobre a corrupção (Lei n. 17.060, de 23 de dezembro de 1998), cada uma delas estabelecendo os procedimentos de cooperação especificamente direcionados a cada espécie de delito (artigos 75 a 80 da Lei 17.016, e artigos 34 a 36 da Lei 17.060). Cf. URUGUAI. *Ley N° 17.016: Dictanse normas referentes a estupefacientes y sustancias que determinen dependencia fisica o psiquica*. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-mla-law-17016.doc. Acesso em: 21/08/2007; URUGUAI. *Ley N° 17.060: Dictanse normas referidas al uso indebido del poder publico (corrupción)*. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-mla-law-17060.doc. Acesso em: 21/08/2007.

¹⁸⁵ Neste sentido conferir a Lei de Cooperação Internacional em matéria penal, da Argentina (Ley 24.767), ao dispor, em seu artigo 3º, que “*en ausencia de tratado que la prescriba, la ayuda estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad*”. Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal* (Ley 24.767), Diciembre 18 de 1996. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007. Da mesma forma, a lei brasileira n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”), ao tratar da extradição, em seu artigo 76, prevê que “a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de Agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”)*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 21/06/2007. Observe-se que, mesmo antes da promulgação da referida lei, o Brasil já admitia a promessa de reciprocidade em matéria de extradição, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “A falta de tratado de extradição entre o Brasil e o País que requer tal medida não impede que o STF conheça do pedido, visto que, pela doutrina da Corte, é de ser o mesmo conhecido quando o Estado requerente promete reciprocidade e observância das ressalvas impostas pelo Estado brasileiro ao conceder a extradição”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 346, Rel. Min. Antônio Neder, julgamento em 14 de dezembro de 1977, D.J. de 3 de março de 1978. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=346&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 21/08/2007. Em pronunciamento mais recente, assim também se manifestou o referido tribunal: “A ausência de tratado bilateral não impede a concessão de pedido extradicional, desde que o Estado requerente formalize promessa de reciprocidade, passível de fiel cumprimento. O compromisso firmado pelo Estado estrangeiro, no sentido da reciprocidade de tratamento para casos análogos, configura seu expresse reconhecimento da obrigação de deferir ao Brasil pedidos

requerente, por meio da qual este Estado compromete-se a processar, em conformidade com o seu direito interno, pedido de cooperação que transite, no futuro, em sentido inverso.

Celso D. de Albuquerque Mello reconhece a existência de uma obrigação moral de cooperação entre os Estados, decorrente da necessária solidariedade da comunidade internacional na repressão à criminalidade. Contudo, pondera que tais razões não foram ainda suficientes para criar um direito e o correspondente dever de cooperação em matéria penal na ordem jurídica internacional. No entender do autor, o direito e o dever só existiriam de fato

idênticos. Daí a admissibilidade dessa promessa como fundamento de pedido de extradição passiva, nos exatos termos do art. 76, *in fine*, da Lei n. 6.815/80”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 971, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 23 de março de 2006, D.J. de 12 de maio de 2006. Disponível em:

http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=971&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 22/08/2007. Conferir também as Extradições n. 853, 866, 897, 936 e 947.

Assim, na ausência de tratado ou convenção internacional sobre a matéria, a reciprocidade opera como base jurídica para a concessão da extradição pelo Brasil. Vale ainda ressaltar que, com relação ao cumprimento de diligências não executórias solicitadas ao Brasil por intermédio de cartas rogatórias, não se exige a prévia formulação de promessa de reciprocidade pelo Estado requerente. Neste sentido conferir jurisprudência do STF, *in verbis*: “A inexistência de tratado entre o país no qual situada a Justiça rogante e o Brasil não obstaculiza o cumprimento de carta rogatória, implementando-se atos a partir do critério da cooperação internacional no combate ao crime”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Carta Rogatória n. 9854, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgamento em 28 de maio de 2003, D.J. de 27 de junho de 2003. Disponível em:

http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=CR-AgR&processo=9854&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 21/08/2007. Observe-se que as leis

internas de outros países também permitem o atendimento aos pedidos de cooperação internacional em matéria penal, ainda que na ausência de promessa de reciprocidade, em algumas situações específicas, como p. ex. a *Loi Fédérale sur l'Entraide Internationale en Matière Pénale (EIMP)* da Suíça, *in verbis*: “Art. 8 Réciprocité – 1. En règle générale, il n'est donné suite à une demande que si l'Etat requérant assure la réciprocité. L'Office de la justice du Département fédéral de justice et police (office fédéral) requiert une garantie de réciprocité si les circonstances l'exigent. 2. La réciprocité n'est pas nécessaire, en particulier, lorsqu'il s'agit d'une notification ou lorsque l'exécution de la demande: a) paraît s'imposer en raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions; b) est propre à améliorer la situation de la personne poursuivie ou ses chances de reclassement social, ou c) sert à élucider un acte dirigé contre un citoyen suisse. 3. Le Conseil fédéral peut garantir la réciprocité à d'autres Etats dans les limites de la présente loi”. Cf. CONFÉDÉRATION SUISSE. *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)* du 20 mars 1981. Disponível em :

http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/index.html Acesso em: 22/08/2007. Critério semelhante ao utilizado pela citada lei suíça, também encontra-se previsto na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal (Lei n.º 144/99, de 31 de agosto), *in verbis*: “Artigo 4.º Princípio da reciprocidade – 1. A cooperação internacional em matéria penal regulada no presente diploma releva do princípio da reciprocidade. 2. O Ministério da Justiça solicita uma garantia de reciprocidade se as circunstâncias o exigirem e pode prestá-la a outros Estados, nos limites deste diploma. 3. A falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação desde que essa cooperação: a) Se mostre aconselhável em razão da natureza do fato ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade; b) Possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou para a sua reinserção social; c) Sirva para esclarecer fatos imputados a um cidadão português”. Cf. PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007. O Brasil, entretanto, submete a concessão de extradição à existência de tratado ou à promessa de reciprocidade, não admitindo exceções neste ponto.

Outros países, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, herdeiros da tradição jurídica do *common law*, apenas concedem a extradição com base em tratado, não admitindo a reciprocidade. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1021.

quando houvesse um tratado internacional que os consagrasse. Na ausência de um tratado, restaria apenas um dever moral¹⁸⁶, mas não um dever jurídico.¹⁸⁷

Da mesma forma, Gilda Russomano entende que, quando não houver entre os Estados qualquer acordo ou convenção sobre a matéria, subsiste apenas o dever moral de o Estado requerido atender a um pedido de extradição.¹⁸⁸ Também, para Alfred Verdross, o Direito Internacional não impõe diretamente o dever de extradição, pelo que este só pode fundar-se em convênio expresso firmado entre os Estados.¹⁸⁹ Susan Kleebank igualmente aduz que “o costume e a jurisprudência asseguram o compromisso moral de atendimento das solicitações. Os atos internacionais, contudo, são as únicas fontes de direito que geram obrigações jurídicas aos Estados com relação ao encaminhamento das solicitações às Justiças requeridas”.¹⁹⁰

É de se assinalar que, mesmo nos casos em que a legislação interna do Estado requerido preveja a possibilidade de prestação de cooperação internacional com base em promessa de reciprocidade formulada pelo Estado requerente, ainda assim não existirá uma obrigação jurídica internacional a vincular o Estado requerido, uma vez que a promessa de reciprocidade poderá ser por ele acolhida ou rejeitada, sumariamente, sem qualquer

¹⁸⁶ Celso D. de Albuquerque Mello constata que, no plano da sociedade internacional, existem “princípios morais”, que impõem aos Estados, nos períodos de tranquilidade e de paz, a obrigação de agir em proveito da ordem internacional, tendo natureza puramente moral, baseando-se nos princípios de equidade, de justiça natural e na *comitas gentium*, cujo adimplemento não é exigível coativamente. Por outro lado, os deveres jurídicos encontram suas fontes nos tratados e nos costumes internacionais e o seu cumprimento pode ser exigido pelos meios coercitivos autorizados pelo Direito das Gentes. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 96-97.

¹⁸⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1021.

¹⁸⁸ A autora trata especificamente do instituto da extradição e diz que “os tratados conferem incontestavelmente ao instituto extradicional caráter de obrigatoriedade e constituem a melhor maneira de sistematizar e uniformizar os processos de extradição”. Cf. RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. pp. 50 e 28.

¹⁸⁹ VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar. 1955. p. 520.

¹⁹⁰ KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática: avaliação e propostas de atualização do quadro normativo*. Brasília: Instituto Rio Branco/Fundação Alexandre de Gusmão, 2004. p. 17.

fundamentação.¹⁹¹ Neste sentido, Solange Mendes de Souza afirma que “Corolário do princípio da reciprocidade vem a ser a impossibilidade de exigir-se a cooperação. De fato, a prestação da cooperação é ato político, podendo, dentro dos princípios do relacionamento entre os Estados, ser negada”.¹⁹²

Constata-se, portanto, que a doutrina geralmente entende que não há um direito e o correspondente dever de cooperação entre os Estados no combate à criminalidade, decorrente de um suposto “princípio geral de direito” ou de um “costume internacional” oponível aos Estados em suas recíprocas relações no plano da sociedade internacional.¹⁹³ O direito e o dever de cooperação penal internacional resultam apenas de convênios expressos firmados entre os Estados. Assim, a prestação de cooperação internacional em matéria penal apenas adquire o caráter de uma obrigação juridicamente vinculatória entre os Estados,

¹⁹¹ Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190. Claro é que, se o Estado requerente invocar a existência de promessa de reciprocidade previamente oferecida pelo Estado requerido, este então, não poderá frustrar o exame do pedido de cooperação que, se legal e procedente, imporá o seu atendimento, como resultante da palavra previamente empenhada. José Francisco Rezek lembra que, neste caso, haverá um compromisso que ao Estado requerido cumprirá honrar, “sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional”. Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 191. No Brasil, a aceitação de promessa de reciprocidade formulada por Estado estrangeiro é da alçada exclusiva do Poder Executivo e independe da apreciação do Poder Judiciário – trata-se de um juízo político do Executivo. Neste sentido verifica-se vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “Extradição. Reciprocidade. A faculdade de aceitar ou não a sua promessa é exercida pelo Poder Executivo, antes do envolvimento do Judiciário, bastando, ao controle de legalidade exercido pelo Supremo Tribunal, a comprovação do oferecimento da garantia”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 431, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 26 de fevereiro de 1986, D.J. de 4 de abril de 1986. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=431&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 20/08/2007; “A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicionário, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (Nota Verbal) formalmente transmitido por via diplomática”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 953, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28 de setembro de 2005, D.J. de 11 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=953&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 20/08/2007.

¹⁹² SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155..

¹⁹³ Neste sentido, Quintano Ripollés nos informa que, na doutrina, não se impôs a teoria – por vezes defendida por alguns poucos internacionalistas – da suposta existência de um direito e o correspondente dever de extradição. Afirma ser entendimento pacífico que não há, neste sentido, uma obrigação jurídica diretamente derivada do direito internacional, independente da prévia existência de convênio expresso sobre a matéria, firmado entre os Estados. Cf. RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Francisco de Vitoria, tomo I, 1955. p. 191-192.

mediante a prévia formulação de um convênio expresso, em que se estipulem as regras da cooperação.

Por outro lado, há quem sustente¹⁹⁴ estar a cooperação penal internacional inserida no “dever geral de cooperação” consagrado no art. 1.º, parágrafo 3.º da Carta das Nações Unidas (1945), *in verbis*:

“Os propósitos das Nações Unidas são:

[...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.¹⁹⁵

2.6 Competência do Estado requerente

Os tratados e convenções internacionais e também as leis internas dos Estados sobre a matéria, geralmente exigem, como requisito necessário para o atendimento a um pedido de cooperação, que o fato delituoso imputado ao demandado e que fundamenta o pedido formulado ao Estado requerido, esteja sujeito à jurisdição penal do Estado requerente¹⁹⁶, isto é, exige-se a verificação da competência do Estado requerente, conforme

¹⁹⁴ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 39 e 42.

¹⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas (1945). In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

¹⁹⁶ Neste sentido conferir os seguintes instrumentos normativos adotados em âmbito multilateral: a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, *in verbis*: “Artigo 1.º. 1 - As Partes Contratantes comprometem-se, de acordo com as disposições da presente Convenção, a conceder mutuamente o mais amplo auxílio judiciário possível, nos processos relativos a infrações cuja repressão seja da competência das autoridades judiciárias da Parte requerente no momento em que o auxílio for solicitado. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007; a Convenção Interamericana sobre Extradicação, *in verbis*: “Artículo 2.º. 1. Para que proceda la extradición, se requiere que el delito que la motiva, haya sido cometido en el territorio del Estado requirente. 2. Cuando el delito por el cual se solicita la extradición ha sido cometido fuera del territorio del Estado requirente se concederá la extradición siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición, y dictar el fallo consiguiente. [...]”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convencion Interamericana sobre Extradición*, adotada em 25 de fevereiro de 1981. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>. Acesso em: 14/10/2006; a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, *in verbis*: “Artículo 2.º. Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia.[...]”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convencion Interamericana*

regularmente estabelecida pelos critérios adotados em seu direito interno, seja através do princípio geral da territorialidade da lei penal ou pelos critérios de extraterritorialidade, porventura contemplados pelas suas leis internas. Assim, para que o pedido de cooperação seja atendido, necessário que o Estado requerente seja competente para processar e julgar o demandado pela prática do delito mencionado no pedido, seja em virtude de competência determinada pela regra geral da territorialidade da lei penal¹⁹⁷ (crimes praticados no próprio

sobre *Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006; a Convenção Europeia sobre Transmissão de Processos Penais, *in verbis*: “Article 2.º 1. For the purposes of applying this Convention, any Contracting State shall have competence to prosecute under its own criminal law any offence to which the law of another Contracting State is applicable. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*. Strasbourg, 15.V.1972. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>. Acesso em: 12/04/2007; o Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul, *in verbis*: Artigo 3.º Para que a extradição seja julgada procedente é necessário: a) que o Estado Parte requerente tenha jurisdição para conhecer dos atos que fundamentam o pedido, salvo quando o Estado Parte requerido tenha jurisdição para conhecer da causa; [...]”. Cf. MERCOSUL. *Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul*, adotado em 10 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_3268.htm. Acesso em: 22/11/2006. No âmbito interno dos Estados conferir a *Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal* da Argentina (Lei n. 24.767, de 18 de dezembro de 1996), *in verbis*: “Artículo 1.º – La República Argentina prestará a cualquier Estado que lo requiera la más amplia ayuda relacionada con la investigación, el juzgamiento y la punición de delitos que correspondan a la jurisdicción de aquél. [...] Artículo 5.º – Para determinar la competencia del país requirente respecto del delito que motiva el requerimiento de ayuda, se estará a su propia legislación. [...]” Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal (Ley 24.767, sancionada Diciembre 18 de 1996)*. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007; a Lei brasileira n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”), *in verbis*: “Art. 78 – São condições para concessão da extradição: I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de Agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”)*. Disponível em: [http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html](http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&se_qTexto=34210&PalavrasDestaque=”. Acesso em: 21/08/2007; a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, de Portugal (Lei 144/99, de 31 de agosto), <i>in verbis</i>: “Artigo 31. 1 - A extradição pode ter lugar para efeitos de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais do Estado requerente. [...] Artigo 96. 1 - O pedido de execução, em Portugal, de uma sentença penal estrangeira só é admissível quando, para além das condições gerais estabelecidas neste diploma, se verificarem as seguintes: a) A sentença condenar em reação criminal por fato constitutivo de crime para conhecer do qual são competentes os tribunais do Estado estrangeiro; [...]”. Cf. PORTUGAL. <i>Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal</i> (Lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <a href=). Acesso em: 22/03/2007; e a *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)* da Suíça, *in verbis*: “Art. 1 [Objet] [...]3. La présente loi ne s'applique qu'aux affaires pénales dans lesquelles le droit de l'Etat requérant permet de faire appel au juge”. Cf. CONFÉDÉRATION SUISSE. *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)* du 20 mars 1981. Disponível em: http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/a1.html. Acesso em: 22/08/2007.

¹⁹⁷ O princípio geral da territorialidade da lei penal consagra a regra de que “a extradição se subordina ao *forum delicti commissi*, segundo a qual o criminoso deve responder no local do crime, pois é nesse foro, sem dúvida, que se apresentam as melhores garantias de acusação e defesa”. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extraditacional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 180-181. No Brasil, este princípio está previsto no seguinte dispositivo do Código Penal: “Art. 5.º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

território do Estado requerente), ou mesmo em virtude dos critérios de extraterritorialidade¹⁹⁸, que podem abranger, p. ex., as hipóteses de crimes cometidos contra nacionais do Estado requerente no exterior (princípio da personalidade passiva¹⁹⁹); os crimes cometidos por nacionais do Estado requerente no exterior (princípio da personalidade ativa²⁰⁰); os delitos que atinjam bens jurídicos ou interesses fundamentais do Estado requerente, seja qual for a nacionalidade do agente ou o local da prática do delito (princípio da competência real ou da proteção²⁰¹); os delitos praticados em aeronaves ou embarcações do Estado requerente, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam objeto

§ 1.º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

§ 2.º - É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil. [...]”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007.

¹⁹⁸ O Brasil adota, paralelamente ao princípio da territorialidade da lei penal, também critérios de extraterritorialidade, que se encontram inseridos no artigo 7.º do Código Penal.

¹⁹⁹ Este princípio encontra-se previsto no Código Penal brasileiro, *in verbis*:

“[...] § 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

b) houve requisição do Ministro da Justiça”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007.

²⁰⁰ Este princípio está previsto no seguinte dispositivo do Código Penal brasileiro:

“Art. 7.º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

[...] II - os crimes:

[...] b) praticados por brasileiro;”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007.

²⁰¹ Este princípio também encontra-se inscrito no Código Penal brasileiro, *in verbis*:

“Art. 7.º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

§ 1.º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007. Segundo Maira Rocha Machado, “Os crimes mais comuns aos quais se aplica esse princípio são a falsificação de moeda ou de arquivos oficiais, a espionagem e os atos contra a segurança marítima”. Cf. MACHADO, Maira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Ed. 34/ Edesp, 2004. p. 84.

de processo e julgamento (princípio da representação²⁰²); ou ainda, os delitos de determinada natureza, geralmente definidos em normas internacionais, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima, do local em que tenham sido praticados ou da vinculação aos interesses de proteção de um Estado em particular (princípio da jurisdição universal²⁰³).

Dessa forma, para que o pedido de cooperação seja atendido, geralmente não se exige que a infração que o fundamenta tenha sido praticada no território do Estado requerente, bastando que sejam aplicáveis ao demandado as leis penais desse Estado.²⁰⁴

²⁰² O referido princípio também encontra previsão no Direito Penal brasileiro, *in verbis*:

“Art. 7.º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

[...] II - os crimes: [...]

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007.

²⁰³ Qualquer Estado que adote, dentre os critérios de extraterritorialidade de sua lei penal, o princípio da jurisdição penal universal, terá então, em princípio, legitimidade para requerer cooperação internacional, não importando o local da prática do delito, a nacionalidade dos sujeitos envolvidos ou do bem jurídico atingido pela conduta delituosa. Trata-se de um princípio fundado sobre a natureza do delito e não sobre o lugar de sua prática ou a nacionalidade dos sujeitos envolvidos ou ainda os interesses nacionais de um Estado em particular. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, este princípio geralmente só encontra aplicação no que se refere à prática de determinados delitos, conforme estipulação de normas internacionais, como é, p. ex. o caso da pirataria, ou ainda na repressão às infrações graves enumeradas nas convenções de Genebra destinadas a proteger as vítimas da guerra. Afirma o autor que “entretanto, enquanto a repressão à pirataria é costumeira e obrigatória para todos os Estados, o caso do direito humanitário é convencional e obrigatório apenas para os contratantes”. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1013. O Brasil prevê o princípio da competência universal no art. 7.º do seu Código Penal, *in verbis*:

“Art. 7.º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

[...] II - os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, a redação do Código Penal é imprecisa ao falar em “crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir”, pois existem certos crimes que os Estados estão obrigados a reprimir em virtude de norma costumeira. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1017. Vale ainda ressaltar também que, conforme o § 2.º do referido art. 7.º do Código Penal brasileiro, “Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável”. Cf. BRASIL. *Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007.

²⁰⁴ Neste sentido conferir o art. 78, inciso I, da Lei n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”): “Art. 78 – São condições para concessão da extradição: I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de Agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”)*. Disponível em:

O Estado requerente tem, portanto, que ter regularmente estabelecida a sua competência, ou, mais exatamente, a sua jurisdição penal, sobre o fato atribuído ao demandado.²⁰⁵ Através da análise dos critérios de determinação da competência estabelecidos no ordenamento jurídico interno do Estado requerente, o Estado requerido poderá, então, verificar se ao Estado requerente assiste ou não legitimidade para solicitar cooperação em cada caso concreto.

Registre-se ainda que, as leis internas dos Estados também costumam prever os critérios de “preferência” a serem aplicados em casos de concorrência de mais de uma jurisdição sobre o mesmo fato objeto de um pedido de cooperação.²⁰⁶

2.7 Autoridades intervenientes

Tradicionalmente, os instrumentos normativos sobre a matéria, reservavam à atividade jurisdicional ou, ao menos, submetiam ao necessário controle judicial, os procedimentos relacionados à cooperação penal internacional. De forma que, esta última se dava, prevalentemente, com a intervenção de autoridades judiciárias, quer se tratasse de atividade tipicamente jurisdicional, desenvolvida por juízes ou tribunais, quer se tratasse de atividade administrativa, desenvolvida pelos órgãos do Poder Executivo, mas sob necessário controle e participação do Judiciário. Note-se que este foi o critério normalmente adotado

http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&se_qTexto=34210&PalavrasDestaque=. Acesso em: 21/08/2007.

²⁰⁵ Convém não olvidar que a jurisdição do Estado requerente é determinada de acordo com as normas de seu direito interno.

²⁰⁶ No que se refere ao Brasil, conferir a Lei n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”), *in verbis*: “Art. 79. Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. § 1º. Tratando-se de crimes diversos, terão preferência sucessivamente: I - o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira; II - o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e III - o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos. § 2º. Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o Governo brasileiro. § 3º. Havendo tratado com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de Agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”)*. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&se_qTexto=34210&PalavrasDestaque=. Acesso em: 22/08/2007.

pelos primeiros instrumentos internacionais sobre a matéria, celebrados no âmbito do Conselho da Europa.²⁰⁷

Entretanto, como observa Didier Opertti Badán, pode-se notar que, com o decorrer do tempo, operou-se uma profunda evolução no que se refere à “natureza das autoridades intervenientes na prestação da cooperação internacional”²⁰⁸, decorrente da imperiosa necessidade de estendê-la a outras instâncias não necessariamente judiciais – isto é, juízes ou tribunais, no sentido próprio da palavra – uma vez que não se podia mais olvidar o evidente descompasso existente entre a concepção prevalentemente “judicial” da cooperação internacional até então predominante, e a diversidade dos sistemas jurídicos dos vários Estados, herdeiros de tradições jurídicas distintas.

Com a intensificação dos problemas relacionados à transnacionalização das atividades delituosas, tornava-se imprescindível levar em conta, na definição de um novo paradigma de cooperação, os descompassos existentes entre as concepções dos sistemas jurídicos internos dos países de tradição romano-germânica do *civil law* – que adotam o sistema inquisitivo, próprio dos países europeus ocidentais e que também inspira os países

²⁰⁷ Neste sentido conferir a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, adotada em 20 de abril de 1959, *in verbis*: “Artigo 1.º [Disposições gerais] 1. As Partes Contratantes comprometem-se, de acordo com as disposições da presente Convenção, a conceder mutuamente o mais amplo auxílio judiciário possível, nos processos relativos a infrações cuja repressão seja da competência das autoridades judiciárias da Parte requerente no momento em que o auxílio for solicitado. [...] Artigo 3.º [Cartas rogatórias] 1. A Parte requerida dará cumprimento, pela forma prevista na sua legislação, a qualquer carta rogatória, relativa a um processo penal, que lhe seja dirigida pelas autoridades judiciárias da Parte requerente e tenha por objeto a realização de atos de instrução ou a transmissão de elementos de prova, autos ou documentos. [...] Artigo 13.º [Registro criminal] 1. A Parte requerida comunicará extratos do registro criminal e qualquer outra informação a ele relativa que lhe sejam solicitados pelas autoridades judiciárias de uma Parte Contratante, com vista a um processo penal, na mesma medida em que as suas autoridades judiciárias os poderiam obter em casos semelhantes. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007. Conferir também a Convenção Européia sobre Extradição, *in verbis*: “Artigo 1.º [Obrigação de extraditar] As Partes Contratantes comprometem-se a entregar reciprocamente, segundo as regras e condições determinadas pelos artigos seguintes, as pessoas perseguidas em resultado de uma infração ou procuradas para o cumprimento de uma pena ou medida de segurança pelas autoridades judiciárias da Parte requerente”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Extradition*. Paris, 13.XII.1957. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>. Acesso em: 24/03/2007.

²⁰⁸ Cf. BADÁN, Didier Opertti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales com especial referencia a los ultimos desarrollos convencionales en el ambito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 226.

latino-americanos – e aqueles de tradição anglo-saxônica do *common-law* – que adotam o sistema acusatório, próprio de países como a Inglaterra, os Estados Unidos, a Austrália, etc. – como forma de intensificar os procedimentos de cooperação com o maior número possível de países. Tornava-se necessário, então,

*[...] aceptar el hecho, proveniente de las características del proceso acusatorio propio de los países del Common Law, el que una buena parte del enjuiciamiento penal está en manos de funcionarios que no pertenecen strictu sensu al Poder Judicial sino a la Administración de Justicia en el sentido amplio de la palabra, desde que no dictan sentencia, no dictan resoluciones jurisdiccionales propiamente dichas, sino que, contribuyen con su actividad a la conformación de las piezas acusatorias necesarias para poder llevar al inculcado a la Sede judicial.*²⁰⁹

Naturalmente, isto implicou uma mudança significativa de postura por parte dos Estados que tradicionalmente já haviam assumido como um dos pressupostos da cooperação internacional, a natureza essencialmente judicial dos órgãos encarregados de prestá-la. Era necessário se convencer de que somente aceitando as características peculiares de cada uma das formas de organização do processo penal (inquisitivo, no sistema do *civil law*; e acusatório, no sistema do *common law*) é que seria possível lograr um regime de cooperação mais efetiva entre os Estados.²¹⁰

Diante disso, procurou-se então, através da adoção de fórmulas mais flexíveis nos instrumentos normativos sobre a matéria, colocar os Estados em melhores condições de cooperar entre si, respeitando as formas do devido processo que marca a lei interna de cada país, ainda que eventualmente herdeiros de tradições jurídicas distintas.

Atualmente, pode-se constatar, então, uma significativa evolução neste aspecto, pois, nos termos dos instrumentos normativos nacionais e internacionais mais recentes sobre a matéria, as autoridades legitimadas à cooperação internacional em matéria

²⁰⁹ Cf. BADÁN, Didier Operti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 226-227.

²¹⁰ Cf. BADÁN, Didier Operti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 227.

penal, geralmente serão aquelas autoridades **competentes** para a investigação ou julgamento dos delitos, nos termos da lei interna de cada Estado.²¹¹

Portanto, hodiernamente, a cooperação internacional em matéria penal pode ser solicitada – e prestada – tanto por autoridades judiciárias, como do Ministério Público²¹² e outras autoridades administrativas²¹³, v.g. a polícia, conforme assim o autorizar os instrumentos internacionais aplicáveis ou o direito interno dos Estados envolvidos.

²¹¹ Neste sentido conferir a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, *in verbis*: “Artículo 4.º La asistencia a que se refiere la presente Convención, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados Partes, se basará en solicitudes de cooperación de las autoridades encargadas de la investigación o enjuiciamiento de delitos en el Estado requiriente”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006; também a Convenção Penal sobre a Corrupção, *in verbis*: “Artigo 26. 1. As Partes concederão entre si o auxílio mútuo mais amplo possível para o tratamento imediato dos pedidos formulados por autoridades que, nos termos dos respectivos direitos internos, tenham competência para investigar ou instaurar procedimento criminal contra as infrações penais previstas na presente Convenção. [...]” Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption*. Strasbourg, 27.I.1999. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>. Acesso em: 24/10/2006; e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, *in verbis*: “Artículo XIV [Asistencia y cooperación] 1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción. [...]” Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra la Corrupción*, adotada em Caracas a 29 de março de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>. Acesso em: 14/10/2006. Observe-se que, no âmbito interno dos Estados, tem-se adotado semelhante critério. Neste sentido conferir a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei n. 144/99, de 31 de agosto), *in verbis*: “Artigo 150 [Legitimidade] Podem solicitar auxílio as autoridades ou entidades estrangeiras competentes para o procedimento segundo o direito do respectivo Estado ou da respectiva organização internacional”. Cf. PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gdgc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007; e a *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale (EIMP)*, *in verbis*: “Art. 75 [Qualité pour requérir l’entraide] 1. Peuvent requérir l’entraide les autorités appelées à poursuivre une infraction ou à se prononcer dans d’autres procédures auxquelles la présente loi est applicable”. Cf. CONFEDERATION SUISSE. *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale (EIMP)* du 20 mars 1981. Disponível em: http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/index.html. Acesso em: 21/08/2007.

²¹² Neste sentido conferir o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, *in verbis*: Artigo 1.º [Âmbito] 1. O presente Protocolo tem por finalidade a assistência jurídica mútua em assuntos penais entre as autoridades competentes dos Estados Partes. [...] 3. Os Estados Partes prestarão assistência mútua, de conformidade com as disposições do presente Protocolo, para a investigação de delitos, assim como para a cooperação nos procedimentos judiciais relacionados com assuntos penais. [...] Artigo 4.º [Autoridades competentes] As solicitações transmitidas por uma Autoridade Central com amparo no presente Protocolo se basearão em pedidos de assistência de autoridades judiciais ou do **Ministério Público** do Estado requerente encarregadas do julgamento ou investigação de delitos” [grifos nossos]. Cf. MERCOSUL. *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*, adotado em 25 de junho de 1996. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mercopenal.htm>. Acesso em: 02/10/2006.

²¹³ Neste sentido conferir o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, *in verbis*: “Artigo 1.º. [...] 3. O auxílio judiciário mútuo pode igualmente ser concedido em processos instaurados pelas **autoridades administrativas** por fatos puníveis nos termos do direito da Parte

Em decorrência disso, conforme já previamente mencionado, o instituto pode revestir-se de um caráter eminentemente “judicial”, isto é, dependente da atuação de um juiz ou tribunal – como geralmente ocorre quando se trata de extradição²¹⁴ – ou abranger a colaboração entre autoridades policiais, do Ministério Público ou outras autoridades administrativas, sem a necessária intervenção do Poder Judiciário²¹⁵ – possibilidade esta efetivamente presente nos instrumentos normativos atuais.

requerente ou da parte requerida como infrações a disposições regulamentares, quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal. [...] Artigo 4.º. [...] 3. Os pedidos de auxílio judiciário mútuo relativos aos processos previstos no n. 3 do artigo 1.º da presente Convenção podem igualmente ser enviados diretamente pela **autoridade administrativa** ou judiciária da Parte requerente à **autoridade administrativa** ou judiciária da Parte requerida, consoante o caso, e reenviados pela mesma via. 4. Os pedidos de auxílio judiciário mútuo feitos nos termos dos artigos 18 e 19 do Segundo Protocolo Adicional à presente Convenção podem igualmente ser enviados diretamente pela autoridade competente da Parte requerente à autoridade competente da Parte requerida. [...] 6. Os pedidos de cópias de sentenças e medidas referidas no artigo 4.º do Protocolo Adicional da Convenção podem ser enviados diretamente às autoridades competentes. Qualquer Estado Contratante pode, em qualquer momento, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, indicar quais as autoridades competentes para efeitos do presente número”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 8.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/182.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

²¹⁴ Apesar de o pedido de extradição ser um ato governamental, que se realiza através de um pedido formal, formulado entre governos, não há que se olvidar a intensa participação do Judiciário durante o processo de extradição, em grande parte dos Estados contemporâneos. Segundo Ada Pellegrini Grinover, “Na maioria dos Estados modernos, após uma fase administrativa prévia – destinada ao juízo de admissibilidade formal e, eventualmente, a um juízo político de oportunidade e conveniência –, abre-se a fase jurisdicional perante o tribunal do Estado requerido [...]”. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 5. Trata-se, portanto, de matéria sob o controle de autoridade judicial e de autoridade administrativa, pois, segundo nos informa José Francisco Rezek, “[...] o governo do Estado requerido [...] não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local”. Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 189. Trata-se do sistema misto ou de delibação – conforme expressão utilizada pelo direito brasileiro – que tem por característica a participação do Judiciário, através da formação do chamado juízo de delibação ou de controle da legalidade extrínseca do pedido extradicional. Neste sistema, a manifestação judicial não atinge, entretanto, o mérito da extradição, ou seja, o órgão judicial do Estado requerido não aprecia o mérito da condenação proferida no Estado requerente ou a legitimidade da persecução penal desenvolvida por este Estado. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Segundo José Francisco Rezek, “[...] a fase judiciária do procedimento está situada entre duas fases governamentais, inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda, à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado”. Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 191. Portanto, atualmente, na maioria dos sistemas adotados nos diferentes países, o procedimento de extradição trata-se geralmente de ato de natureza mista: administrativo relativamente ao ato material de entrega do extraditando e jurisdicional relativamente à decisão judicial, autorizando ou não tal entrega. Este processo misto (judicial e administrativo) é de aplicação predominante, fazendo com que os demais sejam considerados residuais. É o sistema majoritariamente vigente na Europa e no continente americano. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Assim, a maioria dos países reserva à **atividade** judicial ou, ao menos, ao necessário **controle** judicial, os procedimentos de extradição.

²¹⁵ Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135.

Vale salientar que esta evolução de conceitos, no que se refere às autoridades intervenientes nos procedimentos de cooperação internacional, vêm se dando, gradativamente, desde a adoção, pelo Conselho da Europa, da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, que já previa, em seu artigo 24, a faculdade de qualquer Parte contratante, “[...] no momento da assinatura da presente Convenção ou do depósito do respectivo instrumento de ratificação ou adesão, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, **indicar as autoridades que considera como autoridades judiciárias para os fins da presente Convenção**” [grifos nossos].²¹⁶

Segundo a doutrina, a inserção de referida cláusula pelos redatores da citada Convenção, foi motivada pelas ressalvas expressas por alguns Estados no sentido de que, em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, os representantes do Ministério Público desempenhavam funções similares às dos juízes.²¹⁷

Ressalte-se que, esta evolução de conceitos ainda encontra-se em constante andamento, conforme pode-se constatar dos recentes desenvolvimentos no que diz respeito às funções progressivamente atribuídas, por alguns instrumentos normativos sobre cooperação internacional, às denominadas Autoridades Centrais, órgãos que desempenham um papel de grande relevância na agilização dos trâmites e desburocratização dos procedimentos de cooperação interestatal, conforme analisaremos em seguida.

2.8 Trâmite dos pedidos

O encaminhamento de pedidos de cooperação penal internacional sempre se realizou, tradicionalmente, pela via diplomática. Dessa forma, tanto o trâmite das

²¹⁶ Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

²¹⁷ Cf. ROCHA, Manuel Antonio Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal: comentários*. Lisboa: Aequitas, 1992. p. 26. Assim, p. ex. na Itália e em Portugal, as autoridades do Ministério Público detêm funções jurisdicionais em algumas fases do processo.

denominadas cartas rogatórias²¹⁸ para o cumprimento de diligências processuais requeridas por autoridades judiciárias, como dos pedidos de extradição, formulados pelas autoridades governamentais dos Estados, geralmente encontravam na referida via de transmissão a fórmula mais tradicionalmente utilizada.²¹⁹

Entretanto, o trâmite dos pedidos de cooperação internacional por intermédio das autoridades diplomáticas ou consulares revelou-se moroso e impregnado de etapas burocráticas, sendo considerado pela doutrina como “uma via larga e complicada e não

²¹⁸ A carta rogatória é o expediente tradicionalmente utilizado para tramitar pedidos de cooperação referentes a processos judiciais de natureza penal, civil, administrativa ou trabalhista. É o meio tradicional através do qual são realizadas as diligências processuais que um Estado deseje sejam praticadas em um outro Estado, sendo tradicionalmente transmitidas, por via diplomática, pelas autoridades judiciárias do Estado requerente às suas homólogas do Estado requerido. Assim, quando um ato processual tiver de ser praticado em território de outro Estado, a autoridade judiciária do Estado requerente expedirá uma carta rogatória para ser cumprida pelas autoridades do Estado requerido. Estabelece-se, assim, um intercâmbio e uma colaboração entre os juízos dos dois Estados para que o processo ou a investigação tenha o seu devido andamento. Segundo Nádia de Araújo, trata-se de [...] solicitação de um tribunal estrangeiro para que a Justiça nacional coopere na realização de certos atos que interessem àquela Justiça”. Cf. ARAÚJO, Nádia de; CASELLA, Paulo Borba. *Integração jurídica interamericana*. São Paulo: LTR, 1998. p. 240. As medidas requeridas em sede de carta rogatória podem ter caráter variado: citação, notificação, oitiva de testemunhas, busca e apreensão, exames, perícias, vistorias, avaliações, interceptação de telecomunicações, levantamento de sigilo bancário etc.

²¹⁹ Neste sentido conferir o Código de Bustamante ou Convenção de Direito Internacional Privado, adotada em Havana a 20 de fevereiro de 1928, *in verbis*: “Art. 388. Toda diligencia judicial que um Estado contractante necessite praticar em outro será effectuada mediante carta rogatoria ou commissão rogatoria, transmittida por via diplomatica. Comtudo, os Estados contractantes poderão convencionar ou acceitar entre si, em materia civil ou commercial, qualquer outra forma de transmissão”. Cf. BRASIL. *Convenção de direito internacional privado* (“Código de Bustamante”), adotada em 20 de fevereiro de 1928. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>. Acesso em: 21/08/2007; bem como a Convenção Européia sobre Extradição, adotada em 13 de dezembro de 1957, *in verbis*: “Artigo 12. [Forma e instrução do pedido] 1. O pedido será formulado por escrito e comunicado por via diplomática. Uma outra via de transmissão poderá ser diretamente acordada entre duas ou mais Partes. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Extradition*. Paris, 13.XII.1957. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>. Acesso em: 24/03/2007. No Brasil, a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, ao disciplinar o regime de extradição passiva, estabelece que: “Art. 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980* (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&se_qTexto=34210&PalavrasDestaque=. Acesso em: 24/08/2007. Em relação à extradição ativa, o artigo 20 do Decreto-Lei n. 394, de 28 de Abril de 1938 ainda continua a servir como parâmetro para orientar os pedidos realizados pelas autoridades brasileiras: “Artigo 20. Quando se tratar de individuo reclamado pela justiça brasileira e refugiado em país estrangeiro, o pedido de extradição deverá ser transmitido pela justiça brasileira ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que o examinará e, se o julgar procedente, o encaminhará ao Ministério das Relações Exteriores, para os fins convenientes, fazendo-o acompanhar de cópia dos textos da lei brasileira referentes ao crime praticado, à pena aplicável e à sua prescrição, e de dados ou informações que esclareçam devidamente o pedido. [...]”. Cf. BRASIL. *Decreto-Lei n. 394, de 28 de Abril de 1938 - Regula a extradição*. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=449688&se_qTexto=1&PalavrasDestaque=. Acesso em: 29/08/2007.

muito eficaz”.²²⁰ De forma que, os instrumentos normativos sobre cooperação internacional têm constantemente adotado vias alternativas para o trâmite dos pedidos de cooperação por via diplomática. Assim é que a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal já adotava, como via preferencial para o trâmite das cartas rogatórias, o Ministério da Justiça de cada Estado, além de prever também a possibilidade de transmissão direta dos expedientes entre as autoridades judiciárias das Partes, em casos de urgência.²²¹

Da mesma forma, os pedidos de vigilância de pessoas condenadas²²², de execução de sentenças penais estrangeiras²²³, de transmissão de processos penais²²⁴ e de

²²⁰ Cf. VERVAELE, John. Cooperação em matéria penal na União Européia. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima. (org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 212.

²²¹ Conferir o artigo 15 da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, *in verbis*: “1. As cartas rogatórias previstas nos artigos 3.º, 4.º e 5.º, assim como os pedidos previstos no artigo 11.º, são dirigidos pelo Ministério da Justiça da Parte requerente ao Ministério da Justiça da Parte requerida e devolvidos pela mesma via. 2 - Em caso de urgência, as referidas cartas rogatórias podem ser diretamente enviadas pelas autoridades judiciárias da Parte requerente às autoridades judiciárias da Parte requerida. São devolvidas, juntamente com os documentos relativos ao cumprimento, pela via prevista no n. 1 do presente artigo. 3 - Os pedidos previstos no n. 1 do artigo 13 podem ser diretamente enviados pelas autoridades judiciárias ao serviço competente da Parte requerida e as respostas podem ser devolvidas diretamente por este serviço. Os pedidos previstos no n. 2 do artigo 13 são dirigidos pelo Ministério da Justiça da Parte requerente ao Ministério da Justiça da Parte requerida. 4 - Qualquer outro pedido de auxílio judiciário não previsto nos n.os 1 e 3 do presente artigo, nomeadamente os pedidos de inquérito preliminar à instauração do procedimento penal, podem ser objeto de comunicações diretas entre autoridades judiciárias. 5 - Nos casos em que a transmissão direta for admitida pela presente Convenção, pode a mesma ser efetuada por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol). 6 - Qualquer Parte Contratante pode, no momento da assinatura da presente Convenção ou do depósito do respectivo instrumento de ratificação ou adesão, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, informar que todos ou determinados pedidos de auxílio judiciário devem ser-lhe dirigidos por via diversa das referidas no presente artigo ou solicitar que, no caso previsto no n. 2 deste artigo, uma cópia da carta rogatória seja simultaneamente enviada ao seu Ministério da Justiça. 7 - O presente artigo não prejudica as disposições de acordos ou protocolos bilaterais em vigor entre Partes Contratantes que prevejam a transmissão direta de pedidos de auxílio judiciário entre as respectivas autoridades”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

²²² Conferir a Convenção Européia sobre a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente, *in verbis*: “Artigo 27. 1. O pedido é dirigido pelo Ministério da Justiça do Estado requerente ao Ministério da Justiça do Estado requerido. A resposta é enviada pela mesma via. 2. As comunicações necessárias à aplicação da presente Convenção são trocadas quer pela via indicada no n. 1 do presente artigo quer diretamente entre as autoridades das Partes Contratantes. 3. Em caso de urgência, as comunicações referidas no n. 2 do presente artigo podem ser enviadas por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol). 4. Qualquer Parte Contratante pode, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, dar conhecimento de que pretende não aplicar as normas de transmissão enunciadas nos n.os 1 e 2 do presente artigo”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders*. Strasbourg, 30.XI.1964. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>. Acesso em: 13/02/2007.

²²³ Neste sentido conferir a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais, *in verbis*: “Article 15. 1. All requests specified in this Convention shall be made in writing. They, and all communications necessary for the application of this Convention, shall be sent either by the Ministry of Justice of the requesting State to the Ministry of Justice of the requested State or, if the Contracting States so

transferência de pessoas condenadas²²⁵, realizados nos termos das respectivas convenções, pertinentes à matéria, adotadas pelo Conselho da Europa, deverão ser igualmente transmitidos através do Ministério da Justiça de cada Parte, ressalvando-se, porém, a faculdade de cada Estado, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, optar pela indicação de outras vias de transmissão, conforme lhes restar mais apropriado. Solução semelhante também foi adotada no Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia sobre Extradução, com o objetivo de modernizar a Convenção Europeia sobre Extradução, ao dispor que o pedido de extradição será encaminhado pelo “Ministério da Justiça da Parte requerente ao Ministério da Justiça da Parte requerida”, ressalvando-se, todavia, a possibilidade de as Partes optarem ainda pela via diplomática.²²⁶

agree, direct by the authorities of the requesting State to those of the requested State; they shall be returned by the same channel. 2. In urgent cases, requests and communications may be sent through the International Criminal Police Organization (Interpol). 3. Any Contracting State may, by declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, give notice of its intention to adopt other rules in regard to the communications referred to in paragraph 1 of this article. [...]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*. The Hague, 28.V.1970. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/070.htm>. Acesso em: 12/04/2007.

²²⁴ Neste sentido conferir a Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais, *in verbis*: “Article 13. 1. All requests specified in this Convention shall be made in writing. They, and all communications necessary for the application of this Convention, shall be sent either by the Ministry of Justice of the requesting State to the Ministry of Justice of the requested State or, by virtue of special mutual arrangements, direct by the authorities of the requesting State to those of the requested State; they shall be returned by the same channel. 2. In urgent cases, requests and communications may be sent through the International Criminal Police Organization (Interpol). 3. Any Contracting State may, by declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, give notice of its intention to adopt in so far as it itself is concerned rules of transmission other than those laid down in paragraph 1 of this article”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*. Strasbourg, 15.V.1972. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>. Acesso em: 12/04/2007.

²²⁵ “Artigo 5.º [Pedidos e respostas] 1 - Os pedidos de transferência e as respostas devem ser formulados por escrito. 2 - Esses pedidos devem ser dirigidos pelo Ministério da Justiça do Estado requerente ao Ministério da Justiça do Estado requerido. As respostas devem ser comunicadas pela mesma via. 3 - Qualquer Parte pode, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, indicar que utilizará outras vias de comunicação”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on the Transfer of Sentenced Persons*. Strasbourg, 21.III.1983. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>. Acesso em: 23/02/2007.

²²⁶ “Artigo 5.º [...] O pedido será formulado por escrito e dirigido pelo Ministério da Justiça da Parte requerente ao Ministério da Justiça da Parte requerida; a via diplomática não fica, no entanto, excluída. Uma outra via de transmissão poderá ser diretamente acordada entre duas ou mais Partes”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition*. Strasbourg, 17.III.1978. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/098.htm>. Acesso em: 14/02/2007.

No âmbito da OEA, verifica-se que os pedidos de extradição ainda se realizam preferencialmente pela via diplomática²²⁷, assim como no âmbito do Mercosul.²²⁸ Por outro lado, no que diz respeito à transferência de pessoas condenadas e ao auxílio mútuo em matéria penal, adotou-se preferencialmente, tanto no âmbito da OEA como no Mercosul, a via das Autoridades Centrais.²²⁹ Esta também foi a opção adotada pela União Europeia no que se refere à extradição²³⁰ e, com relação ao auxílio mútuo em matéria penal, adotou-se, como via preferencial, a transmissão direta entre as autoridades judiciárias competentes, exceto com

²²⁷ Neste sentido conferir a Convenção Interamericana sobre Extradición, *in verbis*: “Artículo 10 [Transmisión de la solicitud] La solicitud de extradición será formulada por el agente diplomático del Estado requiriente, o en defecto de éste, por su agente consular, o en su caso por el agente diplomático de un tercer Estado al que este confiada, con el consentimiento del gobierno del Estado requerido, la presentación y protección de los intereses del Estado requiriente. Esa solicitud podrá también ser formulada directamente de gobierno a gobierno, según el procedimiento que uno y otro convengan”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Extradición*, adotada em 25 de fevereiro de 1981. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>. Acesso em: 14/10/2006.

²²⁸ No âmbito do Mercosul, a via diplomática ainda é a via preferencial para o encaminhamento dos pedidos de extradição. Neste sentido conferir o Acordo de Extradición entre os Estados Partes do Mercosul, *in verbis*: “Artigo 18 [Do Pedido] 1. O pedido de extradição será encaminhado por via diplomática. Seu diligenciamento será regulado pela legislação do Estado Parte requerido. [...]”. Cf. MERCOSUL. *Acordo de Extradición entre os Estados Partes do Mercosul, adotado em 10 de dezembro de 1998*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_3268.htm. Acesso em: 22/11/2006.

²²⁹ Neste sentido conferir, no âmbito da OEA, a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, *in verbis*: “Artigo V [...] 2. A solicitação de transferência será tramitada por intermédio das autoridades centrais indicadas conforme o artigo XI desta Convenção ou, na falta desta pela via diplomática ou consular. [...]”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-57.html>. Acesso em: 14/11/2006; e também a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, *in verbis*: “Artículo 3.º [Autoridad Central] Cada Estado designará una Autoridad Central en el momento de la firma, ratificación o adhesión a la presente Convención. Las Autoridades Centrales serán responsables por el envío y recibimiento de las solicitudes de asistencia. Las Autoridades Centrales se comunicarán mutuamente en forma directa para todos los efectos de la presente Convención”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adotada em 23 de maio de 1992*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006. No âmbito do Mercosul, conferir o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, *in verbis*: Artigo 3.º [Autoridades Centrais] 1. Para os efeitos do presente Protocolo, cada Estado Parte designará uma autoridade Central encarregada de receber e transmitir os pedidos de assistência jurídica mútua. Para esse fim, referidas Autoridades Centrais se comunicarão diretamente entre elas, remetendo tais solicitações às respectivas autoridades competentes. [...]”. Cf. MERCOSUL. *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, adotado em 25 de junho de 1996*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mercopenal.htm>. Acesso em: 02/10/2006.

²³⁰ Neste sentido conferir a Convenção relativa à Extradición entre os Estados Membros da União Europeia, *in verbis*: “Artigo 13. 1. Cada Estado membro designará uma autoridade central ou, se o seu sistema constitucional o exigir, várias autoridades centrais, responsáveis pela transmissão e recepção dos pedidos de extradição e dos documentos justificativos necessários, bem como por toda a restante correspondência oficial relativa aos pedidos de extradição, salvo disposição em contrário da presente Convenção. [...]”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa à Extradición entre os Estados Membros da União Europeia, adotada em Dublin, em 27 de setembro de 1996*. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-40-1998.html>. Acesso em: 21/01/2007.

relação aos “pedidos de transferência temporária ou de trânsito de pessoas detidas”, a que se refere o artigo 9.º, e o “intercâmbio de informações sobre condenações”, previsto no artigo 22 da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, que realizar-se-ão por intermédio das Autoridades Centrais dos Estados Membros.²³¹

No âmbito da ONU, a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas²³², a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional²³³ e a Convenção das Nações Unidas contra

²³¹ Conferir a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Europeia, *in verbis*: “Artigo 6.º [Transmissão de pedidos de auxílio judiciário mútuo] 1 - Os pedidos de auxílio judiciário mútuo e o intercâmbio espontâneo de informações a que se refere o artigo 7.º serão feitos por escrito, ou por quaisquer meios susceptíveis de dar origem a um registro escrito em condições que permitam ao Estado membro receptor determinar a sua autenticidade. Estes pedidos serão feitos diretamente entre autoridades judiciárias com competência territorial para os fazer e executar e a respectiva resposta será feita pela mesma via, salvo disposição em contrário do presente artigo. [...] 2 - O disposto no n. 1 não prejudica a possibilidade de, em casos específicos, o envio dos pedidos e a respectiva resposta se efetuar: a) Entre as autoridades centrais de diferentes Estados membros; ou b) Entre uma autoridade judiciária de um Estado membro e uma autoridade central de outro Estado membro. [...] 8 - Os pedidos ou comunicações a seguir enumerados serão efetuados por intermédio das autoridades centrais dos Estados membros: a) Pedidos de transferência temporária ou de trânsito de pessoas detidas, a que se refere o artigo 9.º da presente Convenção, o artigo 11 da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo e o artigo 33 do Tratado do Benelux; b) Comunicações das condenações a que se refere o artigo 22 da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo e o artigo 43 do Tratado do Benelux. Todavia, os pedidos de cópia de condenações e de medidas a que se refere o artigo 4.º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo poderão ser dirigidos diretamente às autoridades competentes”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia, adotada em 29 de maio de 2000*. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html. Acesso em: 21/11/2006.

²³² “Artigo 7.º [Auxílio judiciário mútuo] [...] 8 - As Partes designam uma autoridade ou, quando necessário, as autoridades encarregadas de dar cumprimento aos pedidos de auxílio judiciário ou de os transmitir às autoridades competentes para a sua execução. A autoridade ou autoridades designadas para este efeito são objeto de notificação ao Secretário-Geral. A transmissão dos pedidos de auxílio judiciário e de qualquer outra comunicação com eles relacionada faz-se entre as autoridades designadas pelas Partes; esta disposição entende-se sem prejuízo do direito de qualquer das Partes exigir que esses pedidos e comunicações lhe sejam enviados por via diplomática e, em caso de urgência e se as Partes nisso acordarem, por intermédio da Organização Internacional da Polícia Criminal, se for possível. [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, adotada em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-29-1991.html>. Acesso em: 22/02/2007.

²³³ “Artigo 18 [...] 13. Cada Estado Parte designará uma autoridade central que terá a responsabilidade e o poder de receber pedidos de cooperação judiciária e, quer de os executar, quer de os transmitir às autoridades competentes para execução. [...] As autoridades centrais deverão assegurar a execução ou a transmissão rápida e em devida forma dos pedidos recebidos. [...] O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas será notificado da autoridade central designada para este efeito no momento em que cada Estado Parte depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção. Os pedidos de cooperação judiciária e qualquer comunicação com eles relacionada serão transmitidos às autoridades centrais designadas pelos Estados Partes. A presente disposição não afetará o direito de qualquer Estado Parte a exigir que estes pedidos e comunicações lhe sejam remetidos por via diplomática e, em caso de urgência, e se os Estados Partes nisso acordarem, por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal, se tal for possível. [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações*

a Corrupção²³⁴, adotaram a via das Autoridades Centrais para a tramitação dos pedidos de auxílio mútuo em matéria penal.

Dessa forma, é nítida a tendência atual de preferência por outras vias de tramitação dos pedidos de cooperação internacional, que não a via diplomática.²³⁵ Neste contexto, destaca-se a opção preferencial pelas denominadas Autoridades Centrais, designadas pelos Estados Partes no bojo de cada tratado ou convenção internacional, e que poderão recair, ao alvedrio de cada Estado, em um órgão diferente de sua estrutura governamental.

O Ministério da Justiça²³⁶ é o órgão que geralmente figura como Autoridade Central nos tratados bilaterais sobre auxílio mútuo em matéria penal celebrados pelo Brasil.²³⁷

Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, adotada em 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>. Acesso em: 23/02/2007.

²³⁴ “Artigo 46 [...] 13. Cada Estado Parte designará uma autoridade central encarregada de receber solicitações de assistência judicial recíproca e permitida a dar-lhes cumprimento ou para transmiti-las às autoridades competentes para sua execução. [...] As autoridades centrais velarão pelo rápido e adequado cumprimento ou transmissão das solicitações recebidas. [...] Cada Estado Parte notificará o Secretário Geral das Nações Unidas, no momento de depositar seu instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação da presente Convenção ou de adesão a ela, o nome da autoridade central que tenha sido designada para tal fim. As solicitações de assistência judicial recíproca e qualquer outra comunicação pertinente serão transmitidas às autoridades centrais designadas pelos Estados Partes. A presente disposição não afetará a legislação de quaisquer dos Estados Partes para exigir que estas solicitações e comunicações lhe sejam enviadas por via diplomática e, em circunstâncias urgentes, quando os Estados Partes convenham a ele, por condução da Organização Internacional de Polícia Criminal, de ser possível. [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em 31 de outubro de 2003*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm. Acesso em: 17/01/2007.

²³⁵ Entretanto, vale salientar que, dentre os instrumentos internacionais analisados, que elegem outra via, que não a diplomática, para a tramitação dos pedidos de cooperação, a maioria deles também permite às Partes contratantes acordarem o trâmite por via diplomática.

²³⁶ O departamento responsável pelas atividades de cooperação internacional é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), que foi criado por meio do Decreto n. 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, e está subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. “O Departamento tem como principais funções analisar cenários, identificar ameaças, definir políticas eficazes e eficientes, bem como desenvolver cultura de combate à lavagem de dinheiro. Essas funções têm como objetivo a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita e de produtos de atividades criminosas, tais como as oriundas do tráfico de entorpecentes, do tráfico ilícito de armas, da corrupção e do desvio de verbas públicas. Além disso, o DRCI é responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, figurando como autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos judiciais por parte do Brasil”. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/drci/default.asp>. Acesso em: 29/08/2007.

²³⁷ O Brasil conta com tratados bilaterais sobre auxílio mútuo em matéria penal, em vigor, celebrados com os seguintes países: Itália, França, Portugal, Estados Unidos, Colômbia, Peru, Coréia do Sul, e ainda um Acordo de Garantia de Reciprocidade na Transmissão de Informações do Registro Penal firmado com a Alemanha, e um Acordo com o Paraguai especificamente voltado para restituição de veículos automotores roubados ou

As exceções ficam por conta do Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais celebrado entre o Brasil e o Uruguai²³⁸, e o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal celebrado entre o Brasil e Portugal²³⁹, em que a Autoridade Central designada pelo Brasil é a Procuradoria-Geral da República.²⁴⁰ Da mesma forma, em quase todos os tratados bilaterais sobre transferência de pessoas condenadas, celebrados pelo Brasil, elege-se o Ministério da Justiça como Autoridade Central responsável pelo trâmite dos pedidos, com exceção do Acordo com o Reino Unido e Irlanda do Norte²⁴¹, e do Tratado com a Argentina²⁴², em que adota-se a via diplomática.

Entretanto, no que se refere aos tratados bilaterais sobre extradição, celebrados pelo Brasil, a via preferencial para a transmissão dos pedidos ainda é a via

furtados. Em quase todos esses convênios (com exceção dos dois últimos) elege-se como via preferencial para a transmissão dos pedidos, as Autoridades Centrais designadas para esta função por cada país, que no caso do Brasil, geralmente trata-se do Ministério da Justiça. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/drci/default.asp>. Acesso em: 22/08/2007.

²³⁸ Cf. BRASIL. Decreto Legislativo n. 89, de 1995: aprova o texto do Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai, em Montevideu, em 28 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=341250&secaoTexto=1&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 21/04/2007.

²³⁹ Cf. BRASIL. *Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa*, celebrado em Brasília a 7 de Maio de 1991. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/59_portugal.pdf. Acesso em: 21/04/2007.

²⁴⁰ Vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral da República, o Centro de Cooperação Jurídica Internacional, criado em 3 de fevereiro de 2005, pela Portaria PGR n. 23, é o departamento responsável por “assistir ao Procurador-Geral da República em assuntos de cooperação jurídica internacional com autoridades estrangeiras e organismos internacionais, bem como no relacionamento com os órgãos nacionais voltados às atividades próprias da cooperação internacional, notadamente para: [...] V – atuar, em apoio ao Procurador-Geral da República, como autoridade central, para enviar e receber os pedidos de cooperação que digam respeito ao Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal firmado entre o Brasil e Portugal (Decreto 1.320/94, art. 14, n. 1) [...]”. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Centro de Cooperação Jurídica Internacional. *Portaria PGR n. 23, de 3 de fevereiro de 2005*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_portarias/portaria_23.pdf. Acesso em: 14/09/2007.

²⁴¹ Cf. BRASIL. *Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte sobre Transferência de Presos, celebrado em Londres, em 20 de agosto de 1998*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/brareitranspreso.htm>. Acesso em: 19/08/2007.

²⁴² Cf. BRASIL. *Tratado sobre a Transferência de Presos entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, feito em Buenos Aires, em 11 de setembro de 1998*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dpenalt.htm>. Acesso em: 19/08/2007.

diplomática, com exceção do convênio firmado com a Itália, em que optou-se pelo Ministério da Justiça, e apenas, alternativamente, a via diplomática.²⁴³

Portanto, constata Didier Opertti Badán que “*La Autoridad Central es un mecanismo que aparece normalmente en los modernos tratados tanto multilaterales como bilaterales, como agentes del reracionamiento cooperacional*”.²⁴⁴

Segundo o conceito doutrinário, a Autoridade Central é considerada um órgão técnico-administrativo normalmente localizado junto ao Poder Executivo²⁴⁵, e que tem como função precípua intervir como órgão de tramitação de pedidos de cooperação internacional, recepcionando e transmitindo solicitações, substituindo o lento trâmite por via diplomática ou consular, visando conferir maior celeridade e eficiência à tramitação dos pedidos. Neste sentido, Eduardo Tellechea Bergman nos informa que

*La transmisión y recepción de cooperación jurídica internacional vía Autoridades Centrales, constituye la forma moderna de entreaty jurídica internacional, recibida primero a nivel de cooperación civil y comercial y ahora también en la Penal. Se trata de un procedimiento que permite una comunicación ágil y técnica entre la autoridad requirente y la requerida, superadora de enlentecedores encadenamientos burocráticos, propios de la tradicional vía diplomática o consular.*²⁴⁶

Em síntese, trata-se de órgão responsável pela viabilização de uma cooperação internacional mais célere e eficaz entre os Estados.

²⁴³ Cf. BRASIL. *Tratado de Extradición, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989*. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/91_italia.pdf. Acesso em: 19/08/2007.

²⁴⁴ BADÁN, Didier Opertti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales com especial referencia a los ultimos desarrollos convencionales en el ambito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 243.

²⁴⁵ Alvarez Cozzi afirma que, ao conceituar a Autoridade Central como um organismo técnico-administrativo, procura-se defini-la como um órgão não jurisdiccional. Aduz o referido autor que “ainda que o mesmo fosse localizado institucionalmente no sistema orgânico do Poder Judiciário, [...] dada a natureza das competências da Autoridade Central, claramente de índole não jurisdiccional, se trataria de um organismo administrativo”. *Apud* CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Principios de cooperación judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 108-109.

²⁴⁶ Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 209

Para atender a esta finalidade, as Autoridades Centrais se comunicarão diretamente entre si, sem intermediários. De fato, a transmissão direta dos pedidos de cooperação entre as respectivas Autoridades Centrais de cada um dos Estados Partes revela-se mais simples, rápida e eficaz do que o trâmite diplomático, impregnado de etapas burocráticas.²⁴⁷ Neste sentido, Didier Opertti Badán aduz que:

*Esta figura orgánica aparece en el moderno Derecho Internacional Privado, tanto en materia civil y penal, desde que el principio de especialización y concentración de competencias en un determinado tipo de autoridad del Estado, ha revelado las ventajas de evitar con ello el fraccionamiento entre las distintas autoridades de este deber internacional de cooperación.*²⁴⁸

A autoridade central requerida remeterá às autoridades judiciárias ou às outras autoridades nacionais competentes, os pedidos recebidos, cuidando de atender diretamente ou com auxílio de outros órgãos administrativos apenas os pedidos que sejam de sua competência, conforme o seu direito interno. Dessa forma, evita-se a devolução de pedidos que porventura não caibam na esfera de competência da autoridade que os receba e também possibilita-se à própria Autoridade Central atender diretamente, sem a necessária intervenção de outras autoridades, determinados pedidos de cooperação que integrem o leque de suas atribuições, nos termos do seu direito interno.²⁴⁹

²⁴⁷ Todavia, alguns instrumentos internacionais dispõem que, em casos de urgência, os pedidos de auxílio mútuo e comunicações a eles relacionadas, também poderão ser transmitidos diretamente pelas autoridades judiciárias do Estado Parte requerente às suas homólogas do Estado Parte requerido, ou ainda, por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal – Interpol. Mas, mesmo em tais casos, as autoridades judiciárias do Estado Parte requerente deverão remeter uma cópia do pedido à sua autoridade central, para que esta última, por sua vez, transmita à autoridade central do Estado requerido.

²⁴⁸ BADÁN, Didier Opertti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales com especial referencia a los ultimos desarrollos convencionales en el ambito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 235.

²⁴⁹ Uma função geralmente atribuída às Autoridades Centrais é a de fornecer, mediante pedido de uma autoridade estrangeira, informações sobre o direito aplicável, isto é, informações seguras sobre o teor e vigência do direito do Estado requerido. Em Portugal, a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal prevê, no parágrafo 1.º de seu artigo 161, que “A informação sobre o direito português aplicável em determinado processo penal solicitada por uma autoridade judiciária estrangeira é prestada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República”. Convém salientar que a Procuradoria-Geral da República é o órgão que geralmente figura como Autoridade Central nos convênios celebrados por Portugal. Assim também no Uruguai, através do Decreto n. 407/985, de 31 de julho de 1985, que designa como Autoridade Central daquele país o Ministério da Educação e Cultura, cujas atribuições são as de: “a) responder por si o cometiendo la respuesta, las consultas provenientes del exterior acerca del Derecho Interno e Internacional Privado de la Republica, así como aquellas provenientes de organismos públicos nacionales referidas al contenido y vigencias del Derecho Internacional Privado del

Portanto, resta nítida a atuação das Autoridades Centrais como peças-chave da cooperação penal internacional contemporânea, retirando do trâmite tradicional e burocrático, imprimido pela via diplomática, os pedidos de cooperação internacional. Os tratados têm demonstrado, na prática, a importância e utilidade do funcionamento das referidas autoridades para efeitos de uma cooperação mais célere e eficaz entre os Estados.

Mas, também é preciso ressaltar que, se inicialmente o instituto foi concebido para servir como uma instância de mera tramitação de expedientes, responsável apenas pelo recebimento e transmissão de pedidos formulados pelas respectivas autoridades competentes dos Estados – com exceção de alguma pouca competência residual originalmente atribuída apenas para o atendimento e solicitação direta de pedidos de informação sobre o direito aplicável – atualmente, por outro lado, o instituto vem adquirindo paulatinamente uma outra conformação funcional bem mais ampla.

É necessário ressaltar, então, que os instrumentos normativos sobre a matéria têm progressivamente atribuído às Autoridades Centrais competências bem mais amplas do que a mera função de órgão intermediador da cooperação entre as autoridades nacionais competentes. A doutrina observa um gradativo redimensionamento das funções originalmente atribuídas às Autoridades Centrais. Neste sentido, Raúl Cervini, ao tecer comentários sobre o instrumento bilateral sobre auxílio mútuo em matéria penal, celebrado entre Estados Unidos e Canadá, comenta que o referido texto “em diversos artigos se refere à Autoridade Central, assinalando-lhe competências perigosamente relevantes, que vão muito

país o de um Derecho Extranjero; b) Actuar como órgano de recepción y expedición de rogatorias desde y hacia el exterior; [...]”. Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 210. Situação semelhante ocorreria no Brasil, segundo nos informa Solange Mendes de Souza, neste sentido: “[...] algumas formas de cooperação não exigem a prestação jurisdicional, e tampouco sua veiculação por carta rogatória – ainda que este nome receba –, nada impedindo, no direito brasileiro, que informações sobre o direito aplicável, informações relativas a antecedentes penais e outros atos propriamente de investigação possam ser transmitidos por procedimento administrativo a uma autoridade central apta a fazer o juízo político, seja o Ministro da Justiça, seja o Procurador-geral da República”. Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 143.

mais além do que remeter e receber solicitações e pedidos, ainda que, em teoria, preservando a competência própria dos tribunais”.²⁵⁰

De fato, as funções atuais atribuídas às Autoridades Centrais não se restringem mais à mera intervenção como órgão responsável pela tramitação de pedidos ou pela prestação de informações sobre o direito nacional aplicável. Vários instrumentos internacionais vêm redimensionando as funções tradicionalmente atribuídas às Autoridades Centrais, outorgando-lhes novas funções e faculdades, na busca de uma cooperação penal internacional cada vez mais eficaz. Assim, de acordo com o Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais celebrado entre o Uruguai e os Estados Unidos, as Autoridades Centrais não apenas exercem as funções, tradicionalmente desempenhadas, de recebimento e transmissão dos pedidos de cooperação formulados pelas autoridades competentes de cada Parte, mas também encontram-se investidas de relevantes atribuições, como as de poder recusar o atendimento aos pedidos formulados pelo Estado requerente, nos termos das disposições do tratado²⁵¹; impor condições para o atendimento aos pedidos que possam ser por elas legitimamente recusados²⁵²; aceitar pedidos formulados em outra forma que não a

²⁵⁰ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juárez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 107.

²⁵¹ “Artículo 5.º [Límites de la Asistencia] 1. La Autoridad Central del Estado requerido podrá rehusarse a brindar asistencia si: a) la solicitud se refiere a un delito tipificado como tal en la legislación militar pero no en el derecho penal ordinario; b) la solicitud se refiere a un delito que el Estado requerido considere como político o conexo con un delito político o perseguido por razones políticas; c) la solicitud se refiere a un delito tributario. No obstante, procederá la asistencia si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en el presente Tratado; d) la persona requerida en la solicitud, ha sido absuelta o ha cumplido condena en el Estado requerido por el mismo delito mencionado en la solicitud. Sin embargo, esta disposición o podrá ser invocada para negar asistencia en relación a otras personas; o e) el cumplimiento de la solicitud es contrario a la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales del Estado requerido. [...]”. Cf. URUGUAY. *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América*, suscrito el día 6 de mayo de 1991. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traite/sp_traite-mla-ury-usa-1991.html. Acesso em: 02/09/2007.

²⁵² “Artículo 5.º [Límites de la Asistencia] [...] 2. Antes de negar asistencia de conformidad con el presente artículo, la Autoridad Central del Estado requerido deberá consultar a la Autoridad Central del Estado requirente si acepta que la asistencia se brinde sujeta a las condiciones que considere necesarias. Si el Estado requirente acepta la asistencia sujeta a dichas condiciones, el Estado requerido dará cumplimiento a la solicitud en la forma establecida. [...]”. Cf. URUGUAY. *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de*

escrita, em casos de urgência²⁵³; adiar ou condicionar o atendimento aos pedidos formulados pelo Estado requerente nos casos em que a execução das medidas solicitadas for suscetível de interferir no curso normal de uma investigação ou procedimento penal pendente no Estado requerido²⁵⁴ etc.

Da mesma forma, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos²⁵⁵ e o Tratado de Assistência Jurídica Mútua em

América, suscrito el día 6 de mayo de 1991. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-mla-ury-usa-1991.html. Acesso em: 02/09/2007.

²⁵³ “Artículo 6.º [Forma y Contenido de la Solicitud] 1. La solicitud de asistencia deberá formularse por escrito salvo en los casos de urgencia, en que la Autoridad Central del Estado requerido podrá aceptar una solicitud cursada de otra manera. En tal caso, la solicitud deberá confirmarse por escrito dentro de los diez días siguientes. Salvo acuerdo en contrario, la solicitud se cursará en el idioma del estado requerido. [...]”. Cf. URUGUAY. *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América, suscrito el día 6 de mayo de 1991*. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-mla-ury-usa-1991.html. Acesso em: 02/09/2007.

²⁵⁴ “Artículo 8.º [Aplazamiento o condiciones para el cumplimiento] La Autoridad Central del Estado requerido podrá aplazar el cumplimiento de la solicitud o, después de celebrar consultas con la Autoridad Central del Estado requirente, sujetarla a condiciones en caso de que interfiera con una investigación o procedimiento penal en curso en el Estado requerido. Si la Autoridad Central del Estado requirente acepta la asistencia sujeta a condiciones, la solicitud se cumplirá de conformidad con les condiciones propuestas”. Cf. URUGUAY. *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América, suscrito el día 6 de mayo de 1991*. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-mla-ury-usa-1991.html. Acesso em: 02/09/2007.

²⁵⁵ “Artigo III [Restrições à Assistência] 1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se: a) a solicitação referir-se a delito previsto na legislação militar, sem contudo constituir crime comum; b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido; ou c) a solicitação não for feita de conformidade com o Acordo. 2. Antes de negar a assistência com base no disposto neste Artigo, a Autoridade Central do Estado Requerido deverá consultar a Autoridade Central do Estado Requerente para avaliar se a assistência pode ser prestada sob as condições consideradas necessárias. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, tais condições deverão ser respeitadas. [...] Artigo IV [Forma e Conteúdo das Solicitações] 1. A solicitação de assistência deverá ser feita por escrito, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido acate solicitação sob outra forma, em situações de urgência. Nesse caso, se a solicitação não tiver sido feita por escrito, deverá ser a mesma confirmada, por escrito, no prazo de trinta dias, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido concorde que seja feita de outra forma. A solicitação será redigida no idioma do Estado Requerido, caso não haja disposição em contrário. [...] Artigo V [Cumprimento das Solicitações] 4. Caso a Autoridade Central do Estado Requerido conclua que o atendimento a uma solicitação interferirá no curso de uma investigação, inquérito, ação penal ou procedimento em curso naquele Estado, poderá determinar que se adie o atendimento àquela solicitação, ou optar por atendê-la sob as condições julgadas necessárias após consultas com a Autoridade Central do Estado Requerente. Caso o Estado Requerente aceite essa assistência condicionada, deverá respeitar as condições estipuladas. [...]”. Cf. BRASIL. *Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América*, celebrado Brasília, a 14 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/traites/pt-traites-mla-bra-usa.html>. Acesso em: 02/09/2007.

Assuntos Penais entre a Argentina e os Estados Unidos²⁵⁶ prevêem também dispositivos semelhantes.

Por sua vez, no âmbito multilateral, merece destaque a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, cujo dispositivo do artigo 25, que trata da “*Limitación al uso de información o pruebas*”, confere à Autoridade Central a competência para isentar o Estado requerente do cumprimento da regra da especialidade no uso das informações ou provas fornecidas pelo Estado requerido, *in verbis*:

*El Estado requiriente no podrá divulgar o utilizar ninguna información o prueba obtenida en aplicación de la presente Convención para propósitos diferentes a aquellos especificados en la solicitud de asistencia, **sin previo consentimiento de la Autoridad Central del Estado requerido.** [...] Cuando resulte necesario, el Estado requerido podrá solicitar que la información o las pruebas suministradas se conserven en confidencialidad **de conformidad con las condiciones que especifique la Autoridad Central.** Si la Parte requiriente no puede cumplir con tal solicitud, las autoridades centrales se consultarán para determinar las condiciones de confidencialidad que mutuamente resulten convenientes [grifos nossos].*²⁵⁷

Note-se que o referido artigo também deixa a cargo da Autoridade Central a faculdade de impor ao Estado requerente as condições necessárias para que as informações ou provas fornecidas “*se conserven en confidencialidad [...]*”. Trata-se da faculdade de

²⁵⁶ “[Límites de la Asistencia] Artículo 3: 1. La Autoridad central del Estado Requerido podrá denegar la asistencia si: a) la solicitud se refiere a un delito político o a un delito previsto en el código militar pero no en el derecho penal ordinario, o b) el cumplimiento de la solicitud puede perjudicar la seguridad u otros intereses esenciales similares del Estado Requerido. 2. Antes de denegar la asistencia conforme al presente artículo, la Autoridad Central del Estado Requerido consultará con la Autoridad Central del Estado Requiriente sobre la posibilidad de conceder la asistencia con sujeción a las condiciones que la primera estime necesarias. Si el Estado Requiriente acepta la asistencia con sujeción a tales condiciones, habrá de ajustarse a éstas. [...] [Forma y contenido de la solicitud] Artículo 4: 1. La solicitud de asistencia deberá formularse por escrito, pero la Autoridad Central del Estado Requerido podrá aceptarla en otra forma en casos de urgencia. En tales casos, la solicitud habrá de confirmarse por escrito en el plazo de diez días, a menos que la Autoridad Central del Estado Requerido lo disponga de otro modo. Salvo acuerdo en contrario, la solicitud se formulará en el idioma del Estado Requerido. [...] [Cumplimiento de las solicitudes] Artículo 5:[...] 4. La Autoridad Central del Estado Requerido, si determina que la ejecución de una solicitud habrá de obstaculizar alguna investigación o procedimiento penal que se esté realizando en dicho Estado, podrá aplazar el cumplimiento o condicionarlo en la forma que considere necesaria, previa consulta con la Autoridad Central del Estado Requiriente. Si éste acepta la asistencia condicionada, se tendrá que someter a las condiciones establecidas. [...]”. Cf. ARGENTINA. Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la Republica Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos de America, suscrito en Buenos Aires el 4 de diciembre de 1990. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_arg_usa24034.html. Acesso em: 02/09/2007.

²⁵⁷ Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

aplicação, em cada caso concreto, da cláusula de confidencialidade, presente em vários instrumentos internacionais sobre auxílio mútuo em matéria penal da atualidade, e que será analisada mais adiante.

2.9 Níveis ou graus de assistência

Segundo Raúl Cervini, toda forma de cooperação penal internacional acarreta, de algum modo, a intromissão de uma ordem jurídica (requerente) em uma outra (requerida), e uma afetação de direitos, cuja intensidade dependerá, em primeiro lugar, da natureza da respectiva medida solicitada, e, em segundo lugar, da duração de sua coercibilidade.²⁵⁸

Conforme anteriormente mencionado, a cooperação penal internacional compreende um amplo elenco de possibilidades, abrangendo desde o mero fornecimento de informações sobre o direito estrangeiro, até a entrega compulsória de uma pessoa, a fim de que seja julgada ou cumpra pena em território de outro Estado, instância extrema da cooperação em matéria penal, denominada extradição.

Observe-se, então, que o atendimento a um pedido de cooperação penal internacional provocará variáveis repercussões e efeitos na esfera dos direitos e liberdades individuais das pessoas concernidas²⁵⁹, conforme a natureza específica da respectiva medida solicitada pelo Estado requerente.

²⁵⁸ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 19-20.

²⁵⁹ A expressão “pessoas ou sujeitos concernidos” se refere àquelas pessoas cujos direitos e liberdades individuais são suscetíveis de serem atingidos, de forma direta e eventualmente irreversível, no marco das variadas formas de cooperação penal internacional. São, portanto, aquelas pessoas potencialmente afetadas pelas medidas de cooperação internacional em matéria penal; podem se tratar tanto da pessoa alvo da investigação ou do processo, bem como de terceiros, que, por exemplo, estejam na posse de provas ou informações necessárias ao fiel atendimento do pedido de auxílio mútuo. Cf. CERVINI, Raúl; CHAVES, Gastón. Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 101.

Atendendo à exposta diversidade de formas e efeitos inerente às várias possibilidades de cooperação penal internacional, a doutrina²⁶⁰ a classifica em três “níveis” distintos, conforme o respectivo grau de afetação de direitos inerente à natureza específica de cada medida.²⁶¹ Assim, aquelas medidas consideradas “leves ou simples”²⁶², isto é, as que não acarretem gravames irreparáveis às pessoas concernidas (como, por exemplo, as notificações, intimações, o fornecimento de informações sobre o direito estrangeiro, a prestação de aconselhamento técnico etc.), integrariam um “primeiro nível ou grau” de assistência²⁶³, correspondendo ao grau mínimo de afetação de direitos; por outro lado, aquelas medidas consideradas de maior “gravidade”, suscetíveis de causar gravames irreparáveis à esfera dos

²⁶⁰ Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994; CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. Principios de cooperación judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; BERGMAN, Eduardo Tellechea. La cooperación jurídica internacional del mero tramite y probatoria: un instrumento para la integración jurídica internacional. In: SOSA, Angel Landoni (org.). *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997; POLIMENI, Gioacchino. *La assisttenza in matéria penale*. Milano: Turccio, 1990; GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 9.

²⁶¹ Paulo Mousó afirma que “esta característica multiforme (em sua gama) e polifuncional (ao processo), própria das medidas de cooperação penal internacional, colocaria em evidência a existência de níveis ou graus das mesmas”. *Apud* CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 20.

²⁶² Expressões utilizadas por Raúl Cervini. Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Principios de cooperación judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68.

²⁶³ Registre-se que, para Raúl Cervini, este nível de cooperação também compreenderia a solicitação para o comparecimento voluntário de pessoas para prestar depoimento no território do Estado requerente, sob a estrita observância de um rigoroso regime de garantias e imunidades, tal como previsto, por exemplo, na norma do art. 20 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, que prevê um regime especial de “salvo-conduto” aplicável à pessoa convidada a prestar depoimento no Estado requerente. Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 21. Conforme o parágrafo 1.º do artigo 20 do citado Protocolo, “O comparecimento ou traslado da pessoa que consinta declarar ou dar testemunho, segundo o disposto nos artigos 18 e 19, estará condicionado a que o Estado receptor conceda um salvo-conduto sob o qual, enquanto se encontrar nesse Estado, este não poderá a) deter ou julgar a pessoa por delitos anteriores à sua saída do território do Estado remetente; b) convocá-la para declarar ou dar testemunho em procedimento não especificado na solicitação”. E, vale ressaltar que, o consentimento da pessoa convidada a prestar depoimento deve ser dado de forma expressa. Mas, de acordo com o parágrafo 2.º do mesmo artigo 20, “O salvo-conduto previsto no parágrafo anterior cessará quando a pessoa prolongar voluntariamente sua estada no território do Estado receptor, por mais de 10 (dez) dias, a partir do momento em que sua presença não for necessária nesse Estado, de conformidade com a comunicação ao Estado remetente”. Cf. MERCOSUL. *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*, adotado em 25 de junho de 1996. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mercopenal.htm>. Acesso em: 02/10/2006. Registre-se que norma semelhante a esta também foi adotada pela Convenção Européia sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (art. 12), pela Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 22); pela Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 18, parágrafo 27) e pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes (art. 7.º, parágrafo 18).

direitos e liberdades fundamentais das pessoas concernidas (como, p. ex. as buscas e apreensões, interceptações de comunicações, levantamento de sigilo bancário, perda e seqüestro de bens etc.) são classificadas, pela doutrina, como medidas de “segundo nível ou grau” de assistência; e, por fim, o “terceiro nível ou grau” de assistência estaria reservado àquelas formas de cooperação suscetíveis de causar os mais sérios gravames às pessoas concernidas, afetando a esfera de sua própria liberdade pessoal: a extradição e a execução de sentença penal estrangeira²⁶⁴ ; equivalendo, portanto, ao nível extremo da cooperação penal internacional.

Entretanto, Raúl Cervini nos informa que há autores que entendem que a execução de sentenças estrangeiras não constitui propriamente uma forma de cooperação em sentido estrito, senão uma “categoria independente de relacionamento interestatal judicial final”. Exemplificativamente, o autor cita Gelsi Bidart, para quem, pela “transcendência” do instituto, a execução de sentenças penais estrangeiras mereceria tratamento especial, destacado das demais formas de relacionamento cooperativo interestatal²⁶⁵. No mesmo sentido, também Louis Severin considera que “motivos de ordem jurídica e prática tornam conveniente a consideração particularizada e independente da execução de sentenças, principalmente se se trata de pronunciamentos de natureza penal”.²⁶⁶

Da mesma forma, pode-se verificar que, um crescente setor doutrinário tem procurado desvincular conceitualmente a extradição das demais formas de cooperação penal internacional, inserindo-a no âmbito de uma outra disciplina que chamam de “Direito

²⁶⁴ Note-se que, enquanto para Raúl Cervini, este nível estaria reservado apenas à extradição, Eduardo Tellechea Bergman trata de enquadrar também neste mesmo nível a execução de sentenças estrangeiras. Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 21; BERGMAN, Eduardo Tellechea. La cooperación jurídica internacional del mero trámite y probatoria: un instrumento para la integración jurídica internacional. In: SOSA, Angel Landoni (org.). *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

²⁶⁵ *Apud* CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p.21-22.

²⁶⁶ *Apud* CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 77

Extradicional”, atendendo a uma suposta “independência técnico-jurídica, axiológica e até mesmo sociológica”.²⁶⁷ Neste sentido, Didier Opertti Badán²⁶⁸ entende que a extradição estaria substancialmente desvinculada da cooperação penal internacional – restando afastada, portanto, do “tronco comum” –, e que “isso seria imperioso de se recordar, sobretudo na hora de definir os princípios e orientações de interpretação de um moderno estatuto de cooperação penal internacional”²⁶⁹. No entender de Guillermo Fierro, as demais formas de cooperação penal internacional teriam logrado, modernamente, certa autonomia benéfica com relação à extradição, pois ao desvincularem-se desta, também se desvinculariam de “certos escrúpulos ou prejuízos relacionados com a extradição”.²⁷⁰

Entretanto, segundo a perspectiva de Raúl Cervini, esta separação tão extrema pode não ser conveniente na prática, uma vez que poderia conduzir à tendência de se concentrar as garantias e salvaguardas quase que exclusivamente no campo extradicional (terceiro nível de cooperação), onde a vulnerabilidade das pessoas concernidas mostrar-se-ia mais evidente, deixando um tanto desprotegida a situação dos indivíduos potencialmente afetados por medidas de cooperação de primeiro e segundo níveis.²⁷¹ Por isso, inclina-se o autor pela posição mais flexível defendida por Gioacchino Polimeni, para quem, sem desconhecer as particularidades e superior “hierarquia” da extradição, a inclui dentro da visão

²⁶⁷ CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 22.

²⁶⁸ Para Didier Opertti Badán, “*La asistencia o cooperación es la prestación de actividad procesal de un Estado al servicio del proceso sustantivo o de fondo, ya sea en etapa instructoria o acusatoria, que opera en otro Estado, de manera tal que la actividad que se desarrolla en el Estado cooperador, en principio, es inocua para el propio Derecho territorial del Estado que la presta, y adquiere relevancia y significación jurídica en el Estado que la solicita. Y ello marca una diferencia de sustancia con la extradición, desde que esta supone a través del procedimiento por el cual se arriba a la entrega de una persona para ser juzgada en un Estado diferente de aquél en que se encuentra, una contribución efectiva a la privación de libertad y a la imposición de la pena, que convierte en primer lugar al acto de la detención provisoria y luego a la entrega misma, en actividad jurisdiccional relevante, tanto para el Estado que presta la asistencia como para el Estado que recibe su beneficio*”. Cf. BADÁN, Didier Opertti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 224-225.

²⁶⁹ *Apud* CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 22.

²⁷⁰ FIERRO, Guillermo J. *La ley penal y el derecho internacional*. Depalma: Buenos Aires, 1977. p. 215.

²⁷¹ Cf. CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 23.

mais compreensiva da cooperação penal internacional concebida como um “*estatuto global de auxílio interetático (sic) y garantías en todos sus niveles*”.²⁷²

Não se deve desconhecer o fato de que grande parte das formas de cooperação – para não dizer todas – e não apenas a extradição, afetam, direta ou indiretamente, a situação das pessoas concernidas, provocando, em muitos casos, sérios gravames à sua liberdade e/ou ao seu patrimônio. O atendimento a uma medida de segundo nível não é inócuo e pode comprometer o devido respeito aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas concernidas. Basta recordar que certos pedidos de cooperação de segundo nível não só podem chegar a causar um gravame patrimonial irreparável, senão – o que é mais grave – são suscetíveis de atingir os direitos e liberdades individuais mais relevantes daqueles que se vêem envolvidos neste nível de cooperação (como por exemplo, o sigilo dos dados pessoais, em casos de interceptações telefônicas ou informáticas ou outras formas de monitoramento ou vigilância eletrônica).

Pode-se chegar, então, ao entendimento de que, uma perspectiva moderna da cooperação penal internacional nos obriga a distinguir entre seus variados níveis ou graus, cada um deles expressivo, por sua vez, de solidariedade interestatal e garantias às pessoas concernidas, conforme o respectivo grau de afetação de direitos inerente à natureza específica de cada forma de cooperação.

Isto implica reconhecer a existência de “princípios gerais” que regem a todos os níveis de cooperação, sem, contudo, ignorar o fato de que estes princípios interagem de maneira distinta com cada um dos níveis de cooperação, em função da natureza específica de cada medida solicitada ou da intensidade de sua coercibilidade. A doutrina costuma observar, então, que a idéia de “níveis ou graus de assistência” se encontra indissolúvelmente

²⁷² CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 80.

vinculada à exigência de condições e requisitos aplicáveis a cada um desses níveis, variando conforme o nível ou grau de assistência requerido.

De fato, não seria razoável nem tecnicamente correto englobar os diferentes níveis de assistência dentro das mesmas soluções, isto é, não seria adequado exigir-se para o atendimento ao nível de cooperação mais leve (primeiro nível) os mesmos requisitos e condições para o nível intermediário (segundo nível) ou, ainda, os mesmos requisitos e condições deste último para o nível extremo de cooperação (terceiro nível), que tão graves consequências podem acarretar na própria esfera de liberdade pessoal das pessoas concernidas, não podendo ser, dessa forma, comparáveis aos níveis anteriores. Não seria prudente, portanto, uniformizar completamente as soluções em relação aos diferentes níveis de cooperação, sob pena de desvirtuar a própria lógica da proporcionalidade. Neste sentido, Paulo Mouso afirma que a exposta diversidade de formas de cooperação internacional, com diferentes repercussões e efeitos na esfera dos direitos e liberdades individuais das pessoas concernidas “exclui por sua própria diversidade a aplicação de iguais requisitos”.²⁷³

Enfim, pode-se constatar, quando da análise dos instrumentos normativos sobre a matéria, que a exposta “gradualidade” inerente às formas de cooperação penal internacional – tão assinalada pela doutrina contemporânea – se encontra indissolivelmente vinculada à prescrição de condições e requisitos exigíveis para a prestação da cooperação, que irão variar dependendo do nível a que corresponder a medida de cooperação solicitada – isto é, conforme o grau de afetação de direitos inerente à natureza específica de cada medida –, sem, contudo, olvidar da existência de “princípios” ou “regras gerais” reguladores da matéria

²⁷³ CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 59.

como um todo, mas que interagirão, necessariamente, de forma diferente com cada nível de cooperação solicitado.²⁷⁴

A seguir analisaremos alguns destes “princípios” ou “regras gerais” reguladoras da cooperação penal internacional como um todo – isto é, em todos os seus níveis – mas que, por vezes, interagem de maneira distinta, a depender da natureza específica de cada forma de cooperação. Observe-se que estas “regras gerais” se consubstanciam quase sempre em cláusulas que estabelecem limites à cooperação penal internacional em prol da indispensável proteção aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas concernidas.

2.10 Limites à cooperação

O complexo normativo estruturado no decorrer das últimas décadas por todos os instrumentos sobre cooperação penal internacional – tratados e convenções bilaterais e multilaterais e leis internas dos Estados – têm logrado sedimentar uma série de regras e princípios gerais, norteadores da matéria como um todo, propiciando uma visão conjunta dos novos limites e restrições impostos à referida cooperação, em suas variadas formas, respondendo a uma similar filosofia de regulação, não apenas em prol do interesse pela preservação da soberania dos Estados (preocupação manifestada desde os primeiros instrumentos sobre a matéria), mas visando também erigir salvaguardas em favor da proteção aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas concernidas.²⁷⁵ Ada Pellegrini Grinover reflete categoricamente a referida orientação ao nos informar que:

²⁷⁴ Isto é o que a doutrina denomina de “princípio da gradualidade nos requisitos”. Cf. CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 59.

²⁷⁵ A expressão “pessoas ou sujeitos concernidos” se refere àquelas pessoas cujos direitos são suscetíveis de serem atingidos, de forma direta e eventualmente irreversível, no marco das variadas formas de cooperação penal internacional. São, portanto, aquelas pessoas potencialmente afetadas pelas medidas de cooperação internacional em matéria penal; podem se tratar tanto da pessoa alvo da investigação ou do processo, bem como de terceiros, que, por exemplo, estejam na posse de provas ou informações necessárias ao fiel atendimento do pedido de auxílio mútuo. Cf. CERVINI, Raúl; CHAVES, Gastón. Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir

Dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, ou pelo menos dialeticamente opostos, têm emergido recentemente em sede de cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, consequentemente, como limites à cooperação internacional em matéria penal.²⁷⁶

Considera-se isso extremamente significativo, pois o fato de se estabelecerem regras e princípios gerais aplicáveis a todas as formas de cooperação penal internacional não indicaria apenas uma melhor sistematização da matéria, unitariamente tratada, mas, sobretudo, que não apenas a extradição, mas todas as formas de cooperação suscetíveis de causar gravame às pessoas concernidas, exigem o devido respeito aos direitos fundamentais, com o efetivo estabelecimento de precisos limites à atividade interestatal.²⁷⁷

Anote-se que essa disciplina inspira-se frequentemente em convenções e instrumentos internacionais que dispõem a respeito da proteção aos direitos e liberdades fundamentais, como, por exemplo, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969; e, mais recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000).

Importante assinalar, na esteira do entendimento adotado por Solange Mendes de Souza, que é nestes instrumentos que se encontram as garantias mínimas da pessoa investigada ou processada, isto é, onde reside o “núcleo mínimo” das garantias processuais que devem sempre ser devidamente respeitadas no marco de todo e qualquer procedimento de

procesalmente en el decurso de esas instancias. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 101.

²⁷⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 3.

²⁷⁷ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 9.

cooperação penal internacional; “tratam-se, portanto, de documentos historicamente importantes para o instituto da cooperação”.²⁷⁸

Verifica-se que, no decorrer das últimas décadas, têm-se ampliado significativamente o leque das matérias abrangidas pelas cláusulas que visam estabelecer limites e restrições à cooperação penal internacional em prol da necessária proteção aos direitos e liberdades fundamentais. Assevera Ada Pellegrini Grinover, que uma simples comparação entre os tratados sobre cooperação penal internacional de quarenta ou cinquenta anos atrás, em confronto com os concluídos durante os últimos anos, poderia mostrar claramente essa evolução.²⁷⁹

A seguir, trataremos de analisar – ainda que de forma superficial e sem o desejável aprofundamento – as principais cláusulas, contidas em instrumentos normativos sobre a matéria, adotados no âmbito interno dos Estados e também no plano internacional (bilateral e multilateral), que estabelecem limites e impõem condições à prestação da cooperação internacional em matéria penal entre os Estados. Algumas cláusulas já são sobejamente conhecidas, não constituindo em si novidade, mas outras têm surgimento bastante recente, não sendo ainda de todo conhecidas pela prática internacional.

2.10.1 Cláusula de proteção à “ordem pública”

Em primeiro lugar, deve ser lembrado que a cláusula de proteção à “ordem pública”, presente em vários instrumentos internacionais²⁸⁰ e também nas leis internas dos

²⁷⁸ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 119.

²⁷⁹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 9.

²⁸⁰ Dentre os quais podemos citar: a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (art. 2.º, “b”); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionadamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, “a”); a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais (art. 6.º, “a”); a Convenção Européia sobre a Transmissão de Processos Penais (art. 11, “j”); a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art.

Estados²⁸¹ constitui um dos primeiros limites impostos à cooperação internacional. A referida cláusula permite ao Estado requerido recusar-se a cooperar se considerar que o cumprimento do pedido de cooperação poderá atentar contra a sua “soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais”.

Os textos normativos não definem com exatidão o significado de “ordem pública” de modo a orientar a utilização racional desse fundamento de recusa pelos Estados em suas mútuas relações na sociedade internacional. Isto significa que se trata de matéria submetida à livre apreciação do Estado requerido em cada caso concreto.

Solange Mendes de Souza afirma que a “conceituação do que vem a ser ordem pública traz dificuldades não satisfatoriamente superadas pela doutrina, não obstante a antiguidade e universalidade deste princípio”.²⁸²

De fato, constata-se que desde há algum tempo a doutrina têm constantemente debatido em torno da conceituação de “ordem pública”. Raúl Cervini nos recorda que, já no século XIX, Pascual Fiore percebia que o fenômeno da cooperação internacional não era inofensivo, e necessitava de um freio jurídico apropriado, de modo a preservar os princípios de manutenção da ordem estatal. Expressava ainda que, em todas as legislações se poderia distinguir duas partes: uma que representaria as bases fundamentais do organismo político, velando por sua conservação e estabelecendo as relações entre o indivíduo

18, parágrafo 1.º, “b”); a Convenção sobre o Cibercrime (art. 27, parágrafo 4.º, “b”); a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (art. 7.º, parágrafo 15, “b”); a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 18, parágrafo 21, “b”); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 46, parágrafo 21, “b”); a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9.º, “e”); o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 5.º, parágrafo 1.º, “e”); a Convenção Penal sobre a Corrupção (art. 26, parágrafo 2.º); a Convenção do Conselho da Europa sobre Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo (artigo 28, “b”); o Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul (artigo 30).

²⁸¹ De que são exemplos a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (lei n. 144/99) de Portugal, (art. 2.º, parágrafo 1.º, e art. 152, parágrafo 4.º, alíneas “b” e “c”); a *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal*, da Argentina (art. 10); a *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale* da Suíça (Art. 1a), e o Código de Processo Penal do Brasil (art. 781).

²⁸² SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 68.

e o Estado (*uti universitatis*), e a outra que determinaria os direitos e os deveres das pessoas em suas mútuas relações (*uti singuli*). A primeira delas constituiria, portanto, o depositário dos atos mais solenes da vida política de cada povo, revelando seus costumes, suas tradições, sua fisionomia e o espírito de sua vida política e social, e que, dessa forma, nenhuma instância interna ou ato de cooperação internacional resultaria legítimo se atentasse, ainda que levemente, contra os fundamentos jurídicos em que se alicerçam os interesses gerais do Estado.²⁸³

Luís Roberto Barroso considera que o “referido instituto da ordem pública se consubstancia em um instituto amplo, fluido e de difícil apreensão conceitual”.²⁸⁴ No mesmo sentido, Jete Jane Fiorati entende que a “ordem pública é uma expressão vaga que necessita ser definida, a cada momento, uma vez que seu significado é fluido e incerto como o são os significados dos conceitos indeterminados”.²⁸⁵ Assim, para Solange Mendes de Souza

[...] deve-se aceitar que se busca um conceito aberto, caso a caso, momento a momento, em cada espaço cultural. É, pois, indefinível se a pretensão reside em encontrar conceito imutável e genérico. Mas é possível almejar a identificação de um núcleo mínimo presente em qualquer subsunção de um fato ao princípio.²⁸⁶

Observe-se que a doutrina costuma utilizar-se de fórmulas demasiadamente amplas e genéricas, para tentar conceituar o instituto da “ordem pública”. Assim, Raúl Cervini nos informa que a mesma trata-se de

[..] um conjunto de valorações de caráter político, social, econômico ou moral, próprias de uma comunidade determinada, que definem sua fisionomia em um dado momento histórico também determinado. Essas valorações fundamentam o direito positivo que a ordem pública procura tutelar.²⁸⁷

²⁸³ CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 53-54.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.

²⁸⁵ FIORATI, Jete Jane. *Jus Cogens: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp-FHDSS, 2002. p. 71.

²⁸⁶ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 72.

²⁸⁷ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Principios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 121.

No entender de Jete Jane Fiorati, a ordem pública constitui-se de normas que definem os próprios fundamentos da existência e da continuidade do Estado. Seriam aquelas normas imperativas inderrogáveis “porque se consubstanciam de valores essenciais à sociedade”.²⁸⁸

Enfim, é difícil definir ao certo o significado de “ordem pública”. Conforme já mencionado anteriormente, a mesma pode representar, a grosso modo, os valores indispensáveis e socialmente vigentes, que constituem o substrato essencial sobre o qual repousa a ordem jurídica de certa coletividade. Já a noção de “bons costumes” – expressão também encontrada na cláusula em comento – estaria vinculada mais estreitamente ao comportamento das pessoas,

[...] constituindo-se projeção da moral objetiva no terreno jurídico, não se confundindo com a moral subjetiva. Para a maioria dos autores no conceito fluído e mutável de Ordem Pública está consubstanciado o conceito de bons costumes, ou seja, os bons costumes integram a ordem pública.²⁸⁹

No que se refere aos conceitos de “segurança” e “outros interesses essenciais”, afirma Eduardo Tellechea Bergman que “[...] *si bien a veces integran la noción de orden público internacional, otras lo trascienden, razón por la cual la defensa de la sociedad requerida puede llegar a ser significativamente más amplia que en las formas clásicas de la entreatyada jurídica internacional*”.²⁹⁰

²⁸⁸ FIORATI, Jete Jane. *Jus Cogens*: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Unesp-FHDSS, 2002. p. 70. A mesma autora aduz ainda que, as normas de “ordem pública” não se confundem com as normas de direito público, no sentido de que “a norma de ordem pública é mais ampla que a norma de direito público, uma vez que abrange norma oriunda do direito civil como as prescrições relativas ao casamento, à filiação e à constituição da família. De outro lado, nem todas as normas de direito público são normas de ordem pública: uma norma que obrigue os funcionários públicos vestirem uniforme é norma de direito público, mas não de ordem pública”.

²⁸⁹ FIORATI, Jete Jane. *Jus Cogens*: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Unesp-FHDSS, 2002. p. 75.

²⁹⁰ Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 216.

Pode-se concluir, então, que a referida cláusula de proteção à “ordem pública” destina-se a resguardar o conjunto de regras, princípios e valores implícitos ou explicitamente reconhecidos em um dado ordenamento jurídico nacional, considerados de fundamental importância à preservação e à continuidade da própria sociedade, em determinada época. Neste sentido, a cláusula da ordem pública encerra uma autorização especial concedida aos Estados para que deixem de dar cumprimento aos pedidos de cooperação internacional, naqueles casos em que o cumprimento da medida solicitada puder atentar contra as normas e princípios – não só de direito positivo, mas também os valores e “interesses essenciais” – com base nos quais cada Estado assenta a sua própria individualidade jurídica.

Assim, nas palavras de Raúl Cervini,

*El orden público permite descartar, por vía jurisdiccional y en casos específicos, la aplicación de aquellas normas contenidas en la legislación extranjera o en convenios y tratados bilaterales o multilaterales que contradicen principios particularmente importantes de la lex fori.*²⁹¹

Destarte, a cláusula de proteção à ordem pública possui, em última análise, a função de salvaguarda dos fundamentos da própria ordem jurídica do Estado requerido.

Trata-se, portanto, de um conceito propositadamente aberto, amplo, fluido – conforme a lição de Luís Roberto Barroso²⁹² – devendo ser ponderado caso a caso e momento a momento, em um dado contexto social, obrigando o intérprete a um eterno exercício de contemporaneidade.²⁹³

²⁹¹ CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 86.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.

²⁹³ Dessa forma, ao aplicar a exceção de ordem pública em cada caso concreto, o magistrado ou a autoridade competente “deverá verificar o critério valorativo pertencente à sociedade de seu tempo, ou seja, os critérios a serem observados serão objetivos. Não se trata de escolha subjetiva do intérprete sobre o conteúdo da Ordem Pública, nem de exercício de liberdade de opção na configuração de critérios subjetivos”. Cf. FIORATI, Jete Jane. *Jus Cogens: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais*. Franca: Unesp-FHDSS, 2002. p. 72.

Conclui-se, então, que a cláusula da ordem pública pode ser considerada – dentre todas as outras – a de mais fácil recurso com o objetivo de denegar um pedido de cooperação internacional, devido a sua já mencionada “amplitude” e “fluidez” de significado, funcionando, nas palavras de Raúl Cervini, “como uma última instância de salvaguarda”.²⁹⁴

À guisa de exemplos, Eduardo Tellechea Bergman nos informa que se tem invocado, com frequência, no Uruguai, a exceção de ordem pública, diante de pedidos de cooperação internacional relacionados ao levantamento de sigilo bancário.²⁹⁵ Raúl Cervini afirma que o artigo 25 do Decreto-lei de Intermediação Financeira n. 15.332, de 17 de setembro de 1982, que regula o sigilo bancário no Uruguai, tem sido anunciado pela doutrina e pela jurisprudência como um claro exemplo de norma de ordem pública para aquele país.²⁹⁶ A referida norma do artigo 25 apenas admite que informações bancárias sejam reveladas diante de ordem judicial no âmbito de procedimentos penais ou nos casos de fixação de pensão alimentícia. Condições estas que constituem, segundo Eduardo Tellechea Bergman, limites infranqueáveis à cooperação internacional, nos termos da jurisprudência daquele país, da mesma forma que se exige também que o pedido estrangeiro esteja circunstancialmente fundamentado.²⁹⁷

O referido autor ainda nos informa que, também a Suíça inclui dentre os seus princípios de “ordem pública”, o sigilo bancário, de forma que a Autoridade Central

²⁹⁴ CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 86.

²⁹⁵ Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 215.

²⁹⁶ CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 54.

²⁹⁷ Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 215. Segundo Raúl Cervini, a mesma diretriz também tem orientado vários dos acordos bilaterais e multilaterais que o Uruguai têm subscrito posteriormente à promulgação do Decreto-lei de Intermediação Financeira. Cf. CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 54.

daquele país têm recusado o atendimento aos pedidos de cooperação relativos à quebra de sigilo bancário, quando não houver tratado ou convenção internacional, em vigor entre a Suíça e o Estado requerente, que o habilite a obter das autoridades suíças competentes a providência desejada. As autoridades daquele país têm sustentado que o sigilo bancário constitui um princípio básico do seu sistema financeiro e que, em consequência, integra a “ordem pública” daquele país.²⁹⁸

No Brasil, a “ordem pública” tem sido sobejamente invocada pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento para a denegação de *exequatur*²⁹⁹ às cartas rogatórias de “caráter executório”, isto é aqueles expedientes que solicitam a realização de atos de execução no Estado requerido, como a busca e apreensão de bens, o levantamento de sigilo bancário, a interceptação de comunicações, a perda e indisponibilidade de bens, e outras medidas constritivas de bens ou restritivas de direitos.

Segundo Solange Mendes de Souza “já é vetusta a orientação desta corte no sentido de entender como ofensa à soberania a execução de medidas decretadas por autoridades estrangeiras”.³⁰⁰ De fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm reiteradamente denegado a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passivas³⁰¹ para efeito de realização, em território brasileiro, de diligências de natureza executória, invocando o

²⁹⁸ Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 215.

²⁹⁹ “*Exequatur*: Palavra latina, de *exsequi*, que se traduz *execute-se, cumpra-se*, é empregada na terminologia forense para indicar a autorização que é dada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal para que possam, validamente, ser executados, na jurisdição do juiz competente, as diligências ou atos processuais requisitados por autoridade judiciária estrangeira”. Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 243. Após a concessão do *exequatur*, o cumprimento da carta rogatória é da competência dos juízes federais de 1.º grau de jurisdição (art. 109, inciso X, da Constituição Federal de 1988).

³⁰⁰ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 147.

³⁰¹ Vale dizer, aquelas cartas rogatórias expedidas por autoridades estrangeiras. Por outro lado, as cartas rogatórias ativas são aquelas expedidas pelas autoridades brasileiras e encaminhadas ao exterior.

dogma da impossibilidade de atendimento a pedido que enseje atos de execução, em virtude do respeito à “soberania nacional”.³⁰²

De forma que, segundo o entendimento firmado pela referida corte, para lograr do Estado brasileiro a realização de medidas de caráter executório, em sede de carta rogatória, impor-se-á a sua necessária submissão ao processo de homologação.³⁰³ Assim, da mesma forma que as sentenças estrangeiras só terão validade no território nacional após processo de homologação, nos termos dos artigos 787 à 790 do Código de Processo Penal, também as medidas de natureza executória, requeridas em sede de carta rogatória, só poderão ser cumpridas pelas autoridades brasileiras após a realização do referido processo.³⁰⁴

³⁰² Neste sentido conferir a Carta Rogatória n. 7154, *in verbis*: “[...] Cuida-se de Carta Rogatória procedente da Confederação Helvética, através da qual se objetiva o bloqueio e quebra do sigilo bancário de contas [...] o pedido constante da rogatória jamais poderá ter caráter executório, ficando circunscrita a atos de instrução, como citações, intimações, inquirições, etc. Tais as circunstâncias, realmente não vemos como o pedido possa ser atendido sem que se coloque em jogo a soberania nacional [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n. 7154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 17 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=7154.NUME.&d=DESP>. Acesso em: 05/09/2007. No mesmo sentido, a Carta Rogatória n. 9024, *in verbis*: “[...] A quebra do sigilo bancário no Brasil depende de autorização judicial fundamentada [...] No caso, a diligência solicitada tem caráter executório, conforme já foi dito, o que impede a concessão do *exequatur*. [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n. 9024, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento em 2 de dezembro de 1999, D.J. de 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=9024.NUME.&d=DESP>. Acesso em: 05/09/2007. E também a Carta Rogatória n. 8654, *in verbis*: “[...] a busca e apreensão se reveste de evidente natureza cautelar executória, sendo certo que a jurisprudência da Corte vem recusando rogatórias de caráter executório (CR 3.237, RTJ 95/46; CR 5.705; CR 5.707; CR 6.681; CR 6.779; CR 5.715; CR 6.957 e CR 6.98.). [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n. 8654, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento em 2 de setembro de 1999, D.J. de 10 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=8654.NUME.&d=DESP>. Acesso em: 05/09/2007.

³⁰³ Neste sentido conferir a Carta Rogatória n. 7154, *in verbis*: “[...] Cuida-se de Carta Rogatória procedente da Confederação Helvética, através da qual se objetiva o bloqueio e quebra do sigilo bancário de contas [...] O pedido não comporta deferimento. A quebra de sigilo bancário bem como o bloqueio de contas, dependem, no Brasil, de sentença que os decreta. Deste modo, chega-se à conclusão de que as medidas em comento não poderão ser desde logo executadas, sem que antes se proceda à homologação, na jurisdição brasileira, da sentença estrangeira que as tenham determinado. [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n. 7154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 17 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=7154.NUME.&d=DESP>. Acesso em: 05/09/2007.

³⁰⁴ A homologação de sentença é um procedimento específico, exigido pela legislação brasileira (assim também em outros Estados), como condição para a execução, no território brasileiro, de sentença proferida por autoridade estrangeira. Portanto, para ser executada no Brasil, a sentença estrangeira necessita de prévia homologação, “por meio da qual se faz um exame rigoroso de compatibilidade da decisão com o sistema normativo nacional”. Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 154.

Entretanto, o cumprimento das cartas rogatórias passivas, relativas a atos meramente ordinatórios, como intimação, citação, notificação, etc. (isto é, que não impliquem a realização de atos executórios), dependerá apenas da concessão do *exequatur*.

Há alguns anos, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias de caráter executório, porém apenas quando houver, entre o Brasil e o Estado requerente, tratado ou convenção internacional que expressamente autorize a realização de medidas de natureza executória.³⁰⁵

Em virtude das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, atualmente, compete ao Superior Tribunal de Justiça, e não mais ao Supremo Tribunal Federal, tanto a homologação de sentenças estrangeiras como a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias encaminhadas ao Brasil pela justiça rogante de Estados estrangeiros.³⁰⁶ Mas registre-se que, o Superior Tribunal de Justiça também passou a entender da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, igualmente exigindo o procedimento de homologação para cartas rogatórias passivas que encerrem atos de natureza executória³⁰⁷,

³⁰⁵ Neste sentido conferir a Carta Rogatória n. 11.531, *in verbis*: “[...] A jurisprudência desta Corte, respaldada na melhor doutrina [...] orienta-se no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, cartas rogatórias de caráter executório, ressalvadas as expedidas com fundamento em acordos ou convenções internacionais de cooperação jurisdicional (RTJ 72/659; RTJ 93/517; RTJ 103/536). [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória n. 11.531, Rel. Min. Nelson Jobim, Julgamento em 28 de outubro de 2004, DJ de 22 de novembro de 2004, Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=11531.NUME.%20E%20S.PRES.&d=DESP&dp=1>. Acesso em: 05/09/2007.

³⁰⁶ Neste sentido conferir: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Alínea acrescida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...]”. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/constituicaoofederal.html/cf1988_Em53.html. Acesso em: 23/08/2007. As cartas rogatórias e os pedidos de homologação de sentença estrangeira, encaminhados ao Brasil, serão processados de acordo com o procedimento previsto no Código de Processo Penal e na Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs/portarias/resolucao_09_05.pdf. Acesso em: 05/09/2007.

³⁰⁷ Neste sentido conferir o Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 998, *in verbis*: “[...] O sequestro de valores depositados em contas correntes no Brasil depende de sentença, previamente homologada pela Justiça brasileira, que o decreta”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 998, Rel. Min. Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgamento em 6 de dezembro de 2006, D.J. de 30 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=carta+rogat%F3ria+e+ordem+p%FAblica&&b=A COR&p=true&i=&l=10&i=8>. Acesso em: 05/09/2007. No mesmo sentido, conferir a Carta Rogatória n. 226, *in verbis*: “[...] É cediço no E. S.T.F. que os atos executórios e de constrição dependem da homologação da

salvo se houver acordo internacional em vigor que permita a efetivação da medida solicitada em sede de carta rogatória.³⁰⁸ Portanto, adotando o mesmo entendimento da corte suprema, o Superior Tribunal de Justiça, diante da ausência de expressa previsão convencional, só têm concedido *exequatur* às cartas rogatórias passivas que não impliquem a realização de atos de constrição de bens ou de restrição de direitos.³⁰⁹

Vale salientar que a doutrina esperava do Superior Tribunal de Justiça, uma posição menos conservadora com relação aos contornos da “afronta à ordem pública”, especialmente no que concerne às cartas rogatórias de caráter executório, pois

Num mundo em que as comunicações são instantâneas e há amplo acesso às informações via Internet, não subsistem razões para desconfiar sistematicamente das decisões estrangeiras de caráter construtivo e que, via rogatória, devem surtir efeitos no Brasil. Nessas situações, se o Brasil pretende beneficiar-se de igual tratamento no exterior (v.g., para pedir o bloqueio de dinheiro ilegalmente subtraído dos cofres públicos), devem nossas Cortes abrandar a noção de ordem pública e de soberania e analisar, caso a caso, a concessão da ordem em tais rogatórias.³¹⁰

sentença estrangeira que os encerra [...]” Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 226, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento em 14 de dezembro de 2005, D.J. de 21 de fevereiro de 2006. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoos/doc.jsp?ementa=carta+rogat%F3ria&processo=000226&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 05/09/2007.

³⁰⁸ Neste sentido conferir a Carta Rogatória n. 2593, *in verbis*: “[...] 2. Não se observa óbice legal para o deferimento da medida de quebra de sigilo bancário e bloqueio de valores, quer em razão da natureza do delito investigado e do grave prejuízo causado, quer fundando-se nos atos bilaterais e multilaterais firmados pelo Brasil, a seguir mencionados. [...] Não há falar, nesses termos, em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública, até mesmo porque, na ordem jurídica interna, a quebra do sigilo pode ser decretada quando necessária para a apuração de ilícito penal, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial [...] Assim, ainda que haja a inclusão, nas diligências requisitadas, de atos executórios – atualmente previsto no art. 7.º, da Resolução n. 9 desta Corte – a quebra do sigilo bancário pode ser cumprida ante o que dispõem os Acordos e Convenções Internacionais acima mencionados [...]”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 2593, Rel. Ministro Barros Monteiro, Julgamento em 21 de junho de 2007, D.J. de 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/decisoos/doc.jsp?ementa=carta+rogat%F3ria+acordo+tratado&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 05/09/2007.

³⁰⁹ Neste sentido conferir o Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1461, *in verbis*: “[...] A prática de ato de comunicação processual é plenamente admissível em carta rogatória. A simples citação, por si só, não apresenta qualquer situação de afronta à ordem pública ou à soberania nacional, destinando-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso, permitindo a defesa da interessada. [...]”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1461, Rel. Min. Barros Monteiro, Julgamento em 16 de maio de 2007, D.J. de 6 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=carta+rogat%F3ria+e+ordem+p%F3blica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>. No mesmo sentido o Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1589, n. 1596 e n. 1938.

³¹⁰ Cf. ARAÚJO, Nádia de; GAMA JÚNIOR, Lauro. *Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto854.rtf>. Acesso em: 03/09/2007. p. 3.

Acreditamos que o novo perfil da cooperação penal internacional contemporânea obrigará a uma inevitável revisão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já nasce, em nosso entender, prematuramente descontextualizada, pois as novas linhas que se impõem na atual cooperação internacional comportam frequentemente a realização de atos de execução.

2.10.2 Natureza da infração

Existem determinados delitos que pelas suas características especialmente peculiares não ensejam a prestação de cooperação penal internacional. Os tratados e convenções internacionais e as leis internas dos Estados sobre a matéria geralmente não autorizam a cooperação em se tratando de delitos políticos, militares ou fiscais. Alguns Estados, inclusive, prevêm expressamente a proibição de cooperação, em alguns casos, em nível constitucional.³¹¹

2.10.2.1 Delitos políticos

No que se refere à natureza política da infração, anote-se que grande parte dos instrumentos normativos atuais contemplam cláusulas que vedam a cooperação ou, ao menos, prevêm a faculdade de o Estado requerido recusar-se a cooperar quando o fato que fundamenta o pedido de cooperação constituir infração política ou infração comum conexa a uma infração política.³¹²

³¹¹ É o caso do Brasil, cuja Constituição Federal de 1988 prevê expressamente, em seu artigo 5.º, a vedação à extradição de criminosos políticos (incisos LI e LII). Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/constituicaoefederal.html/cf1988_Em53.html. Acesso em: 23/08/2007.

³¹² Neste sentido conferir a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (art. 2.º, alínea “a”); a Convenção Européia sobre Extradição (art. 3.º, parágrafo 1.º); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, alínea “c”); a Convenção Européia sobre a Transmissão de Processos Penais (artigo 11, “d”); a Convenção Européia sobre

Apesar de as primitivas manifestações do fenômeno da cooperação penal internacional revelarem essencialmente o intuito de perseguição política³¹³, verifica-se que, na atualidade, existe, de modo geral, certo consenso entre os Estados, no que se refere à vedação da cooperação em se tratando de delitos políticos. O referido entendimento fundamenta-se em diversas razões: a) o caráter anti-social desse tipo de infração seria relativo, uma vez que, segundo a doutrina, os delinquentes políticos visam geralmente um fim altruísta – como melhorar as condições sociais de seu país ou da humanidade – e que, por isso, não se revelam em suas condutas o caráter condenável dos crimes comuns³¹⁴, normalmente praticados por motivos torpes ou egoístas; b) decorre do necessário respeito à liberdade de expressão do

a Validade Internacional das Sentenças Penais (artigo 6.º, “b”); a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 18, parágrafo 1.º, alínea “d”); a Convenção sobre o Cibercrime (art. 27, parágrafo 4.º, “a”); a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 4.º, parágrafo 4.º); a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9.º, alínea “c”); o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 5.º, parágrafo 1.º, alínea “b”); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 5.º, parágrafo 1º); Convenção do Conselho da Europa sobre Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo (artigo 28, “e”) Em se tratando de tratados bilaterais, conferir: o Tratado de Extradição entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, alínea “a”); o Tratado de Extradição entre o Brasil e Itália (art. 3.º, parágrafo 1.º, alínea “e”); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Espanha (art. 4.º, parágrafo 1.º, “f”); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a França (art. 4.º, alínea “a”); o Tratado de Auxílio Judiciário Mútuo em matéria penal entre Portugal e o México (art. 3.º, parágrafo 1.º, “a”); Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e China (art. 4.º, parágrafo 1.º, alínea “b”); Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a França (art. 2.º, alínea “b”), etc. Dentre as leis internas dos Estados podemos citar a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal (art. 7.º, parágrafo 1.º, alínea “a”); a *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal* da Argentina (art. 8.º, alínea “a”); a *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale*, da Suíça (Art. 3.º, parágrafo 1.º); e, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, estabelece que “[...] LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível

em:

http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/constituicaoefederal.html/cf1988_Em53.html. Acesso em: 23/08/2007; e a lei brasileira n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”), em seu artigo 77, dispõe que “Não se concederá a extradição quando: VII - o fato constituir crime político;”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”)*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

³¹³ Celso D. de Albuquerque Mello nos informa que “foi no século XIX que começou a se generalizar a modificação no sentido de não se conceder a extradição do criminoso político, por influência da Suíça e da Bélgica, que lhe concediam asilo e passaram a colocar uma cláusula, neste sentido, nos tratados que concluíam. [...] A lei belga (1833) foi a primeira lei a proibir a extradição de criminoso político”. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1027.

³¹⁴ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extraditacional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 169; MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1028.

pensamento e das opiniões, inerentes à condição humana, pois, nas palavras de Gilda Russomano, “[...] o criminoso político, muitas vezes, é considerado criminoso, apenas por ter sido, no seu país, vencido politicamente”;³¹⁵ c) o criminoso político não teria, em seu Estado de origem, um julgamento imparcial, pois, segundo a doutrina, nas questões políticas as paixões se incendeiam, e, em consequência, admite-se, ao menos em tese, que não existirá, por parte do Estado requerente, a necessária e serena imparcialidade, para a justa e correta administração da justiça³¹⁶; e d) a não intervenção nos assuntos internos de um outro Estado, uma vez que, “ao conceder a extradição do criminoso político, o país requerido estaria influenciando na política interna do país requerente, o que seria injustificável em face dos princípios do Direito das Gentes”.³¹⁷

Conforme afirma Celso D. de Albuquerque Mello, “existe, entretanto, uma grande dificuldade para a caracterização destes delitos, o que fez com que a maioria das legislações estatais não os definissem”.³¹⁸ Da mesma forma, os instrumentos internacionais sobre a matéria também não tratam de definir com precisão o exato significado e conteúdo dos delitos políticos, apenas limitando-se a prever, por vezes, um acervo de condutas que não devem ser consideradas delitos políticos para efeitos de cooperação penal internacional³¹⁹,

³¹⁵ RUSSOMANO, Gilda Maciel C. Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 85.

³¹⁶ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 169.

³¹⁷ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 169. Entretanto, segundo Celso D. de Albuquerque Mello, “na verdade, ao não extraditar um criminoso político há também uma intervenção no sentido de que se mantém ‘viva’ uma facção política”. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1028.

³¹⁸ O referido autor nos informa que apenas a legislação da Itália e da Alemanha definem delito político. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1026-1027.

³¹⁹ No Brasil, a lei n. 6.815/80 estabelece, no parágrafo 3.º do artigo 77, que “O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”)*. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007. Em Portugal, a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei n. 144/99), estabelece, em seu artigo 7.º, que: “[...] 2 - Não se consideram de natureza política: a) O genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e

dentre as quais, podemos destacar: o atentado contra chefes de Estado ou membros de sua família³²⁰ e os crimes contra agentes diplomáticos³²¹, os crimes contra a humanidade e o genocídio³²², os crimes de guerra³²³, o terrorismo³²⁴, etc.

Segundo Damásio E. de Jesus, dois critérios foram propostos pela doutrina para distinguir os delitos políticos dos delitos comuns: a) um objetivo – que leva em conta a natureza do interesse jurídico atingido pela conduta do agente, exigindo-se que o bem jurídico atingido seja de natureza política; b) um subjetivo – que leva em conta a intenção do agente, considerando-se crime político aquele cometido com finalidade política.³²⁵

infrações graves segundo as Convenções de Genebra de 1949; b) As infrações referidas no artigo 1.º da Convenção Européia para a Repressão do Terrorismo, aberta para assinatura a 27 de Janeiro de 1977; c) Os atos referidos na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembléia das Nações Unidas em 17 de Dezembro de 1984; d) Quaisquer outros crimes a que seja retirada natureza política por tratado, convenção ou acordo internacional de que Portugal seja parte”. Cf. PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007.

³²⁰ Cf. a Convenção Européia sobre Extradicação (art. 3.º, parágrafo 3.º). Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Extradition*. Paris, 13.XII.1957. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>. Acesso em: 24/03/2007.

³²¹ Cf. a Convenção Interamericana contra o Terrorismo (art. 11 c/c art. 2.º, alínea “c”). Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, adotada em Bridgetown a 03 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.html>. Acesso em: 14/10/2006.

³²² Cf. a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (art. VII). Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, adotada em 9 de Dezembro de 1948. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 459

³²³ Cf. o Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre Extradicação (art. 1.º, “b” e “c”). Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the European Convention on Extradition*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/086.htm>. Acesso em: 24/03/2007.

³²⁴ Cf. a Convenção Européia para a Repressão do Terrorismo, em seu artigo 1.º, *in verbis*: Para efeitos de extradicação entre os Estados Contratantes, nenhuma das infrações a seguir mencionadas será considerada como uma infração política, como uma infração conexa a uma infração política ou como uma infração inspirada por móbil político: a) As infrações compreendidas no campo da aplicação da Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves, assinada na Haia em 16 de Dezembro de 1970; b) As infrações compreendidas no campo da aplicação da Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos Dirigidos contra a Segurança da Aviação Civil, assinada em Montreal em 23 de Setembro de 1971; c) As infrações graves constituídas por um ataque contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas que gozem de proteção internacional, inclusive os agentes diplomáticos; d) As infrações comportando o rapto, a detenção de reféns ou o sequestro arbitrário; e) As infrações comportando a utilização de bombas, granadas, foguetões, armas de fogo automáticas ou cartas ou embrulhos armadilhados, na medida em que essa utilização apresente perigo para quaisquer pessoas; f) A tentativa de cometer uma das infrações acima citadas ou a participação como co-autor ou cúmplice de uma pessoa que comete ou tenta cometer uma tal infração. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Suppression of Terrorism*. Strasbourg, 27.I.1977. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/090.htm>. Acesso em: 15/02/2007.

³²⁵ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 21. ed. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 208. O autor ainda nos informa que, atualmente, um critério misto, resultante da combinação dos critérios acima mencionados é o método que tem sido mais utilizado para a verificação da natureza política de uma infração.

Com base nos critérios apresentados pode-se, então, chegar à conclusão de que, em geral, os delitos políticos podem ser definidos como aqueles atos perpetrados contra a ordem política estatal, com a nítida intenção de subvertê-la, isto é, aqueles atos praticados contra a segurança interna do Estado, a forma de governo e sua constituição política, ou, contra a segurança externa do Estado, contra sua independência, contra a integridade de seu território e as boas relações com os outros Estados.³²⁶ Note-se que constituem fatos cujo conceito varia com o tempo a depender das circunstâncias históricas. Dessa forma, afirma Carlos A. C. Gonçalves da Silva, que

a definição, alcance e conteúdo desse crime são delimitados, quase sempre, na prática dos tribunais, pela análise dos diversos pedidos de extradição. Em suma, a construção do conceito de crime político vem se dando prevalentemente no momento em que os diversos tribunais, provocados por pedidos de extradição, se vêem obrigados a enfrentar a questão relativa à natureza dessa espécie de crime, como medida necessariamente preliminar para concessão, ou não, desse pedido.³²⁷

Portanto, diante da ausência de uma definição precisa nos tratados, convenções internacionais e nas leis internas dos Estados, o caráter político de uma infração deverá ser necessariamente apreciado pelos tribunais, segundo os critérios estabelecidos na lei e doutrina do Estado requerido.³²⁸ Trata-se de matéria que depende, então, da jurisdição nacional do Estado requerido, de forma que “quem qualifica o indivíduo como criminoso político é o Estado que recebe o pedido de extradição”.³²⁹

³²⁶ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradiciona no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 171. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, “os crimes eleitorais têm sido equiparados aos políticos no tocante à extradição”. Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1043.

³²⁷ Cf. SILVA, Carlos A. C. Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

³²⁸ Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 167. Note-se que, no Brasil, o parágrafo 2.º do art. 77 da Lei n. 6.815/80 estabelece que trata-se de matéria cuja apreciação, nos casos de pedidos de extradição, depende exclusivamente do Supremo Tribunal Federal. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980* (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

³²⁹ Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1027. Neste sentido, o Tratado de Extradição entre Brasil e Espanha estabelece, no parágrafo 2.º de seu artigo IV, que “A apreciação do caráter do crime caberá exclusivamente às autoridades do Estado requerido”. Cf. BRASIL. *Tratado de Extradição, entre a República Federativa do Brasil e o Reino da*

2.10.2.2 Crimes militares

Atualmente, os textos normativos nacionais e internacionais geralmente estatuem que a prática de delitos exclusivamente militares não tem o condão de ensejar extradição ou mesmo outra forma de cooperação. No âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Européia sobre Extradição excluiu expressamente do seu âmbito de aplicação as “infrações militares que não constituam infrações de direito comum”,³³⁰ isto é, os delitos de natureza militar, exclusivamente puníveis nos termos dos estatutos e leis penais militares, não constituindo também infrações de direito penal comum.

Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, delitos militares “podem ser definidos como sendo as violações aos regulamentos e normas puramente militares”,³³¹ isto é, aquelas “infrações penais que incluem atos ou fatos estranhos ao direito penal comum, e que derivam, unicamente, de uma legislação especial aplicada às relações militares”.³³² São considerados delitos militares “a deserção, a covardia, o desrespeito às ordens superiores, o abandono de posto etc.”.³³³

Portanto, conforme nos informa João Marcello de Araújo Júnior, “*La tendencia dominante, es que los delitos militares sean excluidos de la extradición, solamente,*

Espanha, celebrado em Brasília, a 2 de fevereiro de 1988. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_esp_78_1366.htm. Acesso em: 25/08/2007.

³³⁰ Cf. artigo 4.º da Convenção Européia sobre Extradição. No mesmo sentido também a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (artigo 1.º, parágrafo 2.º); a Convenção para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (artigo 7.º, parágrafo 1.º, “c”); a Convenção Européia sobre a Transmissão de Processos Penais (artigo 11, “d”); e a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais (artigo 6.º, “b”).

³³¹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1026.

³³² Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extraditacional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 178. O Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Espanha, traz definição de delitos “puramente militares”, *in verbis*: “Artigo IV. [...] 4. Para os efeitos deste Tratado, considerar-se-ão delitos puramente militares as infrações penais que encerrem atos ou fatos estranhos ao direito penal comum e que derivem, unicamente, de uma legislação especial aplicável aos militares e tendente à manutenção da ordem ou da disciplina nas Forças Armadas”. Cf. BRASIL. *Tratado de Extradição, entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, celebrado em Brasília, a 2 de fevereiro de 1988*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_esp_78_1366.htm. Acesso em: 25/08/2007.

³³³ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1026.

cuando la acción delictiva, no constituye también, una infracción común.”³³⁴ Afirma Celso D. de Albuquerque Mello que “o Brasil tem proposto e aceito nas conferências interamericanas a não extradição quando o delito que motivar a extradição for exclusivamente militar”.³³⁵ Mas, a legislação brasileira sobre a matéria ainda não os incluiu dentre os crimes não suscetíveis de extradição, e também não os considera, expressamente, crimes impeditivos de outras formas de cooperação.³³⁶ Entretanto, inúmeros tratados internacionais assinados pelo Brasil³³⁷ já o fizeram expressamente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou nesse sentido.³³⁸

Nos informa Carolina Cardoso Guimarães Lisboa que

³³⁴ Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 165-166.

³³⁵ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1026. Esta também têm sido a orientação da ONU, que, ao aprovar, em 14 de Dezembro de 1990, através de resoluções da Assembléia Geral, os “Tratados Tipo” sobre extradição, auxílio judiciário mútuo em matéria penal, transmissão de processos penais e vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente, fez constar, em todos estes modelos de instrumentos, a cláusula de exclusão dos delitos militares, quando a conduta em questão constituir uma infração nos termos da lei penal militar mas não constituir simultaneamente uma infração nos termos da lei penal comum. Cf. UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolutions adopted by the General Assembly at its 45th session*. Disponível em: <http://www.un.org/Depts/dhl/res/resa45.htm>. Acesso em: 24/08/2007.

³³⁶ No entanto, outros Estados assim o fizeram, como p. ex. a Suíça, na *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale* (artigo 3.º, parágrafo 1.º); a Argentina, na *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal* da Argentina (artigo 8.º, “b”); e Portugal, na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (artigo 7.º, parágrafo 1.º, “b”).

³³⁷ De que são exemplos a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (artigo 8.º); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (artigo 6.º); o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (artigo 5.º, parágrafo 1.º, “a”) e vários outros tratados bilaterais sobre extradição e auxílio mútuo em matéria penal, como, p. ex., o Tratado de Extradição entre Brasil e Portugal; o Tratado de Extradição entre Brasil e Espanha (artigo 4.º, parágrafo 1.º, “e”); o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos (artigo 3.º, parágrafo 1.º, “a”); o Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Colômbia (artigo 5.º, parágrafo 1.º, “a”); Tratado de Extradição entre Brasil e França (artigo 4.º, “g”); o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Itália (Artigo 3.º, parágrafo 1.º, “b”); o Acordo sobre Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Coréia do Sul (Artigo 4.º, parágrafo 1.º, “a”) o Tratado de Extradição entre Brasil e Itália (artigo 3.º, parágrafo 1.º, “g”); o tratado de Extradição entre Brasil e Rússia (Artigo 6.º, parágrafo 1.º, “e”), dentre outros.

³³⁸ “Ementa: Extradição passiva – Acusação por suposta prática de crime militar (peculato) – Fato que também constitui crime comum – Inocorrência de causa obstativa da extradição passiva – O Tratado de Extradição Brasil/Portugal permite a entrega extradiciona do súdito estrangeiro, se o fato atribuído ao extraditando, embora tipificado como delito militar, também constituir, simultaneamente, na legislação de ambos os Países, infração penal de direito comum (Artigo III, n. 1, “I”), como o é o crime de peculato. [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 833, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18 de setembro de 2002, DJ de 6 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetailsProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=833&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 27/08/2007.

A resistência à extradição de criminosos militares se justifica devido ao fato de que as leis militares de um Estado, tendentes, em geral, à manutenção da ordem e da disciplina nas forças armadas desse Estado, pouco interessam aos outros, e a infração a tais leis não apresenta, por si só, um caráter de delinquência capaz de motivar a extradição.³³⁹

2.10.2.3 Infrações fiscais

As condutas perpetradas contra a ordem tributária, envolvendo a prática de atos de sonegação fiscal e outros atos correlatos, tradicionalmente ficavam excluídas do âmbito de aplicação dos textos normativos sobre cooperação penal internacional.³⁴⁰ Segundo João Marcello de Araújo Júnior, “[...] *la diversidad de regimenes políticos y económicos, lleva a que otros Estados excluyan de extradición los delitos fiscales*”.³⁴¹

Entretanto, pode-se constatar que o rigor no tocante à não prestação de cooperação penal internacional nos casos de delitos fiscais, vem sendo abrandado nos textos normativos internacionais no decorrer do tempo. Note-se que o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre Extradição, já prevê que

Artigo 2.º. 1 - Por infrações em matéria de taxas e impostos, alfândega e câmbios, a extradição será concedida entre as Partes Contratantes, em conformidade com as disposições da Convenção, por fatos que correspondam, segundo a lei da Parte requerida, a uma infração da mesma natureza. 2 - A extradição não poderá ser recusada pelo fato de a legislação da Parte requerida não impor o mesmo tipo de taxas ou impostos, ou não conter o mesmo tipo de regulamentação em matéria de taxas e impostos, de alfândega e de câmbios que a legislação da Parte requerente.³⁴²

³³⁹ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extraditacional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 178.

³⁴⁰ Neste sentido conferir a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, *in verbis*: “Artigo 2.º O auxílio judiciário pode ser recusado: a) Se o pedido respeitar a infrações consideradas pela Parte requerida como infrações políticas ou com elas conexas ou como **infrações fiscais**” [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007. Conferir também a Convenção Européia sobre Extradição (art. 5.º); a Convenção para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (“artigo 7.º, parágrafo 3º”); e a Convenção Européia sobre a Transmissão de Processos Penais (artigo 11, alínea “d”).

³⁴¹ Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 168.

³⁴² COUNCIL OF EUROPE. *Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition*. Strasbourg, 17.III.1978. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/098.htm>. Acesso em: 14/02/2007.

No tocante ao auxílio mútuo em matéria penal, o Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal também adotou semelhante critério ao dispor que

Artigo 1.º. As Partes Contratantes não exercem o direito, previsto no artigo 2.º, alínea a), da Convenção, de recusar o auxílio judiciário com fundamento apenas em que o pedido diz respeito a uma infração que a Parte requerida considera como infração fiscal. Artigo 2.º. 1 - No caso de uma Parte Contratante se reservar a faculdade de submeter o cumprimento das cartas rogatórias, para efeito de buscas ou apreensões de bens, à condição de a infração que motiva a carta rogatória ser simultaneamente punível pela lei da Parte requerente e pela lei da Parte requerida, essa condição considera-se satisfeita, no que diz respeito às infrações fiscais, se a infração for punível pela lei da Parte requerente e corresponder, segundo a lei da Parte requerida, a uma infração da mesma natureza. 2 - O pedido não pode ser recusado pelo fato de a legislação da Parte requerida não impor o mesmo tipo de taxas ou impostos, ou não conter o mesmo tipo de regulamentação em matéria de taxas e impostos, de alfândega e de câmbios, que a legislação da Parte requerente. [...].³⁴³

A referida tendência também já se manifestou no âmbito da ONU, quando da adoção do “Tratado Tipo” sobre Extradicação – instrumento não vinculatório adotado pela Assembléia Geral daquele organismo, com o objetivo de servir de “modelo” para orientação dos Estados quando da celebração de tratados bilaterais ou multilaterais sobre extradicação – que, em seu artigo 2.º, parágrafo 3.º, estatui que

[...] 3. Quando a extradicação for pedida por uma infração a uma lei relativa a taxas ou impostos, a direitos aduaneiros, ao controle de câmbios ou a outros aspectos de fiscalidade, não pode ser recusada pelo fato de a legislação do Estado requerido não impor o mesmo tipo de taxa ou de direito, ou não prever impostos, direitos, direitos aduaneiros ou regulamentação de câmbios do mesmo tipo da legislação do Estado requerente.³⁴⁴

Da mesma forma, seguindo a referida tendência, o “Tratado Tipo” de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, igualmente adotado no âmbito da ONU, não tratou de arrolar, expressamente, dentre as causas de “denegação do auxílio”, previstas em seu

³⁴³ Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 17.III.1978. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/099.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

³⁴⁴ Texto aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/116, de 14 de Dezembro de 1990. Cf. UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolutions adopted by the General Assembly at its 45th session*. Disponível em: <http://www.un.org/Depts/dhl/res/resa45.htm>. Acesso em: 24/08/2007.

art. 4.º, a possibilidade de recusa do pedido de cooperação, com fundamento na natureza tributária da infração.³⁴⁵

Verifica-se, portanto, uma forte tendência no sentido da plena inclusão dos delitos de natureza tributária dentre as condutas, cuja prática seja suscetível de ensejar a prestação de cooperação penal internacional, de forma ampla. Conforme nos informa João Marcello de Araújo Júnior, “*esa tendencia es fruto del extraordinario aumento de evasión de tributos que surgen de delitos económicos y del tráfico ilícito de drogas, con el consecuente reciclaje del dinero sucio por él obtenido*”.³⁴⁶ Em decorrência disso, um grande número de Estados passou a ter especial interesse no combate a essas manifestações criminosas.

Em Portugal, a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei n. 144/99) já não arrola dentre as causas gerais de “recusa relativa à natureza da infração”, a natureza tributária do delito, restando afastada, portanto, a possibilidade de denegação de um pedido relativo a qualquer das formas de cooperação previstas em seu texto, com fundamento apenas no caráter fiscal da conduta praticada pelo demandado. A cooperação em matéria de ilícitos fiscais, contanto que constituam crimes, resta, portanto, garantida pelo presente diploma, nas condições nele estabelecidas.³⁴⁷

Na Argentina, a *Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley n. 24.767)* não elenca, expressamente, dentre as causas impeditivas da cooperação, previstas em seus artigos 8.º, 10 e 11, a natureza tributária da infração.³⁴⁸

Da mesma forma, na legislação brasileira não há qualquer óbice expresso à concessão de extradição ou outra forma de cooperação pela prática de delito tributário.

³⁴⁵ Texto aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em sua resolução 45/117, de 14 de Dezembro de 1990. Cf. UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolutions adopted by the General Assembly at its 45th session*. Disponível em: <http://www.un.org/Depts/dhl/res/resa45.htm>. Acesso em: 24/08/2007.

³⁴⁶ Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 168.

³⁴⁷ Cf. ROCHA, Manuel Antonio Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal: comentários*. Lisboa: Aequitas, 1992. p. 36.

³⁴⁸ Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperación internacional en materia penal* (Ley 24.767, sancionada: Diciembre 18 de 1996). Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007.

Entretanto, registre-se que alguns instrumentos internacionais ainda adotam soluções restritivas no que concerne à cooperação em matéria de delitos de natureza tributária. Assim é que o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (artigo 5.º, parágrafo 1.º, “c”), a Convenção relativa ao Branqueamento, Detenção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 18, parágrafo 1.º, “d”) e a Convenção do Conselho da Europa sobre Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo (artigo 28, “d”), prevêm a possibilidade de o Estado requerido recusar-se a cooperar diante de um delito de natureza fiscal.³⁴⁹

. A Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal também prevê, em seu artigo 9.º, alínea “f”, a possibilidade de recusa do Estado requerido em atender a um pedido de cooperação quando se tratar de delito tributário, mas, “[...] *No obstante, se prestará la asistencia si el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa efectuada en forma oral o por escrito, o por una omisión intencional de declaración, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención*”.³⁵⁰ Note-se então que, conforme estatui a referida norma, a natureza tributária do delito não configurará motivo legítimo para a denegação do pedido de auxílio mútuo se a conduta do demandado tiver sido cometida mediante fraude (declaração intencionalmente falsa ou omissão intencional), com a intenção (dolo específico) de ocultar rendimentos provenientes de qualquer outro delito compreendido no âmbito de aplicação da referida Convenção.

³⁴⁹ No plano interno dos Estados, a Suíça também adota semelhante critério na *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale* (artigo 3.º, parágrafo 3.º). Cf. CONFÉDÉRATION SUISSE. *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale* (EIMP) du 20 mars 1981. Disponível em: http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/a1.html. Acesso em: 22/08/2007.

³⁵⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

2.10.3 Princípio da dupla incriminação

Constitui tradicional limitação à cooperação penal internacional o princípio da dupla incriminação. A dupla incriminação (“*dual criminality*”) ou identidade normativa consiste na exigência de que o fato ou a conduta que serve de fundamento a um pedido de cooperação seja considerada uma infração penal simultaneamente punível de acordo com o direito do Estado requerente e o direito do Estado requerido. O Estado requerido geralmente não terá, então, a obrigação de atender a um pedido de cooperação nos casos em que a infração que fundamenta o pedido não constitua também uma infração penal punível nos termos do seu ordenamento jurídico interno. Trata-se de cláusula sobejamente prevista em vários instrumentos normativos nacionais e internacionais sobre as mais variadas formas de cooperação internacional em matéria penal.³⁵¹

O fundamento de sua existência reside na inexorável conclusão de que

[...] se é correta a afirmação de o fenômeno punitivo estatal procurar sempre refletir as peculiaridades culturais de determinada organização social, não menos exata é a conclusão de que só se pode esperar de outro Estado a sua colaboração extradicional nos limites consentâneos com os seus valores e as suas formas de cuidar do crime e da pena.³⁵²

Para Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, “não existe um conceito ontológico de crime”. Nada haveria, portanto, na natureza intrínseca de um fato qualquer que

³⁵¹ Cf. a Convenção Européia sobre Extradição (art. 2.º, parágrafo 1.º); a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (art. 5.º, parágrafo 1.º, alínea “a”); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionadamente (art. 4.º); a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 16, parágrafo 1.º, aplicável à extradicação; e art. 18, parágrafo 9.º, aplicável ao auxílio mútuo); a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 18, parágrafo 1.º, alínea “f”); a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 5.º); a Convenção Interamericana sobre Extradicação (art. 3.º, parágrafo 1.º); e o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul (art. 2.º, parágrafo 1.º). Dentre os tratados bilaterais conferir o Tratado de Extradicação entre Portugal e Austrália (art. 2.º, parágrafo 1.º); o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Brasil e Portugal (art. 2.º); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Itália (art. 2.º, parágrafo 1.º); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a França (art. 2.º, parágrafo 1.º); o Tratado de Auxílio Judiciário Mútuo em matéria penal entre Portugal e o México (art. 2.º); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e o Reino Unido (art. 2.º, parágrafo 1.º); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Portugal (art. 2.º, parágrafo 1.º); o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a França (art. 2.º, alínea “a”); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Rússia (art. 2.º, parágrafo 1.º); e o Tratado sobre Transferência de Presos entre o Brasil e o Canadá (art. 3.º, alínea “a”).

³⁵² GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 75.

permitisse reconhecer se se trata ou não de um crime, pois “a situação definida como crime é resultado de uma decisão humana modificável”.³⁵³ Dessa forma, as ciências criminais já teriam colocado em evidência a relatividade do conceito de infração, variável no tempo e no espaço, de tal modo que uma determinada conduta porventura considerada condenável em um dado contexto social poderá ser plenamente aceitável em outro.³⁵⁴

Não parece razoável, então, esperar-se a colaboração de um Estado, no que se refere à prestação de cooperação penal internacional, nos casos em que a conduta praticada pelo demandado não seja sequer considerada uma infração penal punível nos termos do ordenamento jurídico interno do Estado requerido.

Por outro lado, o princípio da dupla incriminação tem sido fortemente criticado alegando-se que um Estado deveria respeitar a legislação de um outro Estado que considera um fato determinado como crime, e, portanto, passível de punição.³⁵⁵

Alega-se, também, que, frequentemente, podem advir problemas práticos na aplicação da regra da dupla incriminação, como por exemplo, nos casos em que a conduta sublinhada estiver tipificada com um *nomen juris* ou terminologia diferente em cada legislação nacional.³⁵⁶

Por isso, Solange Mendes de Souza advoga que “a dupla incriminação deve ser entendida com alguma flexibilidade, pela qual se examina não somente o nome jurídico do

³⁵³ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p. 160.

³⁵⁴ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 160. João Marcello de Araújo Júnior acentua que “[...] así mismo en países de sistemas jurídicos de origen común, como en los de América Latina, pueden ocurrir, en relación a determinados crímenes, profundas diferencias. Estas diferencias son manifestas, por ejemplo, en materias como el aborto, el adulterio, la eutanasia, la prostitución [...]”. Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 156.

³⁵⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1024.

³⁵⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1024.

fato delituoso, mas sim seus elementos constitutivos, como, aliás, alerta o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal firmado entre o Brasil e Portugal”³⁵⁷.

O referido tratado bilateral de auxílio mútuo, citado pela autora, estabelece, no parágrafo 2.º do seu artigo 2.º, que

[...] na determinação da infração, segundo a lei de ambas as Partes Contratantes, não releva que as suas leis qualifiquem ou tipifiquem diferentemente os elementos constitutivos da infração ou utilizem a mesma ou diferente terminologia legal.³⁵⁸

Dentre os instrumentos normativos multilaterais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção também adota semelhante critério no que diz respeito à verificação do requisito da dupla incriminação, *in verbis*:

Em questões de cooperação internacional, quando a dupla incriminação seja um requisito, este se considerará cumprido se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados Partes, independentemente se as leis do Estado Parte requerido incluem o delito na mesma categoria ou o denominam com a mesma terminologia que o Estado Parte requerente (art. 43, parágrafo 2.º).³⁵⁹

Sobre o assunto, João Marcello de Araújo Júnior nos diz que

El principio de la doble incriminación no significa que los delitos deban ser definidos en ambas legislaciones con las mismas palabras. Es claro que, cuando las leyes nacionales usan la misma terminología o por lo menos emplean el mismo ‘nomen juris’, los mismas son menos complicadas. Lo importante en tal caso, no es la semejanza formal entre los tipos legales de delitos en los dos Estados interesados, pero si, que los hechos que

³⁵⁷ SOUZA, Solange Mendes de. Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: novas possibilidades. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157.

³⁵⁸ BRASIL. *Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa*, celebrado em Brasília a 7 de Maio de 1991. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/59_portugal.pdf. Acesso em: 21/04/2007.

³⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em 31 de outubro de 2003*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm. Acesso em: 17/01/2007. Anote-se que o Tratado Tipo de Extradicação, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/116, de 14 de Dezembro de 1990, também adota critério semelhante, em seu artigo 2.º, *in verbis*: “[...] 2. Para determinar se uma dada infração é considerada como tal pela legislação de cada uma das Partes não se tem em conta: a) O fato de as legislações das Partes classificarem ou não os atos ou omissões que constituem a infração na mesma categoria de infrações ou de as designarem pelo mesmo nome. b) O fato de os elementos constitutivos da infração serem ou não os mesmos na legislação de cada uma das Partes, ficando entendido que a totalidade dos atos ou omissões, tal como apresentados pelo Estado requerente, será tomada em consideração. [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Tratado Tipo de Extradicação*, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/116, de 14 de Dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-CoopInt-TrTipoExtradicao-LXXXI.html>. Acesso em: 22/02/2007.

*fundamentan la acusación o la condena den lugar a una acusación o condena equivalente en el Estado requerido.*³⁶⁰

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto, afirmando que:

[...] Revela-se essencial, para a exata aferição do respeito ao postulado da dupla incriminação, que os fatos atribuídos ao extraditando - não obstante a incoincidência de sua designação formal - revistam-se de tipicidade penal e sejam igualmente puníveis tanto pelo ordenamento jurídico doméstico quanto pelo sistema de direito positivo do Estado requerente. [...].³⁶¹

Discute-se ainda se o requisito da dupla incriminação pode ser tido como devidamente preenchido quando uma conduta constituir apenas uma mera “contravenção” penal em um Estado, a despeito de ser considerada “crime” em outro.

Em matéria de extradição não subsistem maiores problemas, uma vez que há ainda o requisito da duração mínima da pena cominada ao delito que fundamenta o pedido de extradição, pois, geralmente, os instrumentos normativos sobre a matéria exigem que a pena máxima abstratamente cominada ao delito seja uma pena privativa de liberdade igual ou superior a 1 (um) ano.³⁶² Portanto, normalmente frustra-se a extradição quando a lei dos Estados requerente ou requerido não impuser ao fato imputado à pessoa demandada, pena privativa de liberdade ou, ainda, quando esta comportar um limite máximo abstrato inferior a 1 (um) ano.³⁶³

Mas o problema persiste nos casos de pedidos de cooperação referentes às medidas de auxílio mútuo em matéria penal, uma vez que os instrumentos normativos sobre a matéria geralmente não estabelecem um limite mínimo de duração da pena abstratamente

³⁶⁰ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 156-157.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 669, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 6 de março de 1996. D.J. de 29 de março de 1996. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=669&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 03/09/2007.

³⁶² Por outro lado, o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 2.º, parágrafo 1.º) e a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 3.º, parágrafo 1.º) exigem pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a dois anos.

³⁶³ A lei brasileira ainda é mais severa neste aspecto, pois exige pena máxima superior a um ano de prisão, segundo o critério adotado pelo art. 77, inciso IV da Lei n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”).

cominada ao fato imputado ao demandado.³⁶⁴ E a situação poderá tornar-se ainda mais confusa nos países em que se classificam as infrações penais em três categorias distintas, como nos Estados Unidos, em que se punem as condutas classificadas como: “*felony*”, que são consideradas “crimes graves”, geralmente puníveis com pena de morte ou com pena privativa de liberdade superior a um ano; “*misdemeanor*”, que são considerados crimes de menor gravidade geralmente puníveis com pena privativa de liberdade não superior a um ano; e as condutas classificadas como “*infractions*” ou “*violations*”, que são consideradas infrações puníveis apenas com uma pena de multa ou pena restritiva de direitos, e que não são classificadas propriamente como “crime” (como, p. ex. as infrações de trânsito).³⁶⁵

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o assunto, em matéria de extradição, nestes termos:

[...] O Estatuto dos Estrangeiros (Lei 6.815/80, art. 77, II, veda a extradição quando o fato não é **crime** no Brasil ou no Estado requerente. À época dos fatos, dezembro de 1994, o porte ilegal de arma, no Brasil, era **contravenção** penal. Só a partir da Lei 9.437/97 passou a ser considerado crime. [...] [grifos nossos].³⁶⁶

[...] Pela simples circunstância de os delitos em causa serem considerados como **contravenção penal**, não poderá a extradição ser concedida, uma vez que incide, no caso, o disposto no inciso II do artigo 77 da Lei 6.815/80, que veda a extradição quando o fato que motivar o pedido não for tido no Brasil

³⁶⁴ Com exceção da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, que dispõe, em seu art. 6.º que “*Para los efectos de esta Convención, el hecho debe ser punible con pena de un año o más de prisión en el Estado requiriente*”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

³⁶⁵ Cf. RANDOM HOUSE. *Legal Dictionary*. 2. ed. New York: Random House, 1996.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 820, Rel. Min. Nelson Jobim, Julgamento em 22 de novembro de 2001. D.J. de 3 de maio de 2002. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=820&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 03/09/2007. No mesmo sentido, a Extradição n. 716, *in verbis*: [...] O art. 77, II da Lei de Estrangeiros proíbe a extradição quando o fato não é considerado crime no Brasil ou no Estado requerente, tornando-a inviável, portanto, por conduta tipificada como contravenção. À época dos fatos - 1989 - a lei italiana previa os crimes de detenção e de porte ilegal de arma, enquanto que no Brasil apenas o porte ilegal de arma era previsto como contravenção. [...] Se a conduta não era considerada crime no Brasil, ao tempo da prática do ato, a extradição não pode ser deferida por este fundamento, porque é subjacente ao disposto no citado art. 77, II, a idéia de que só é permitida a extradição quando for possível, hipoteticamente, o processo criminal em ambos os países (requerente e requerido). No Brasil é inviável tal processo porque é axiomático no nosso direito que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [...]. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 716, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julgamento em 18 de dezembro de 1997. D.J. de 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=716&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 03/09/2007.

como **crime**, expressão que, tecnicamente (e a citada lei, no tocante à extradição só se utiliza dela), **não se aplica às contravenções penais, que são delitos de menor gravidade**. [...] [grifos nossos].³⁶⁷

Por último, convém ainda ressaltar que o requisito da dupla incriminação também se desdobra naturalmente na exigência de dupla **punibilidade**, como assim nos informa José Francisco Rezek, *in verbis*:

[...] a dupla incriminação, na sistemática de nosso direito penal interno, se reflete e focaliza não apenas sobre a tipicidade, mas também sobre o *jus puniendi*. O tribunal denegaria, por exemplo, a extradição do menor de dezoito anos reclamado, por homicídio, pela Argentina ou pelos Estados Unidos da América. Os três sistemas penais igualmente tipificam o fato de ‘matar alguém’. Instruída, porém, pela minuciosa narrativa que a lei lhe manda submeter, saberá a corte que aquele ato concreto carece, entre nós, do requisito da punibilidade.³⁶⁸

2.10.4 Competência do Estado requerido

Conforme anteriormente mencionado, os instrumentos normativos nacionais e internacionais sobre cooperação em matéria penal geralmente exigem, como requisito necessário para o atendimento a um pedido de cooperação, que o fato delituoso que fundamenta o pedido, esteja sujeito à jurisdição penal do Estado requerente, ou seja, é necessário que o Estado requerente seja competente para processar e julgar o demandado pela prática do delito mencionado no pedido.

A competência dos Estados é determinada pelos critérios estabelecidos em suas respectivas leis internas, que podem adotar, além do princípio geral da territorialidade da lei penal, também outros critérios de extraterritorialidade, conforme previsão legal interna. Dessa forma, pode-se perfeitamente vislumbrar situações em que mais de um Estado sejam simultaneamente competentes, conforme os critérios estabelecidos em suas respectivas leis internas, para processar e julgar um determinado fato, ocasião em que caberá ao Estado

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 473, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento em 8 de março de 1989, D.J. de 5 de maio de 1989. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetailsProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=473&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 03/09/2007.

³⁶⁸ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 195.

requerido, face à concorrência de pedidos de cooperação provenientes de mais de um Estado, dar preferência a algum deles, segundo os critérios previstos em sua lei interna.

Entretanto, quando o próprio Estado requerido também tiver competência para processar e julgar o mesmo fato, objeto do pedido de cooperação que lhe tenha sido dirigido, poderá então, legitimamente, recusar-se a cumprir o pedido, atendendo à prevalência de sua jurisdição penal doméstica. O Estado requerido, nesta situação, poderá, então, tratar de atender ao interesse de preservação da competência dos seus juízes e tribunais domésticos para processar e julgar fatos sob a sua jurisdição, que constitui, em última análise, reflexo da soberania estatal. Constitui, portanto, legítimo fundamento de recusa, invocável pela Parte requerida, que encontra previsão expressa nos instrumentos normativos nacionais e internacionais sobre cooperação penal internacional³⁶⁹, mas que também costuma ser

³⁶⁹ Neste sentido conferir, no âmbito multilateral, a Convenção Interamericana sobre Extradição, *in verbis*: “Artículo 2.º [...] 3. El Estado requerido podrá denegar la extradición cuando sea competente, según su propia legislación, para juzgar a la persona cuya extradición se solicitó por el delito en que se funda el requerimiento. [...]”. Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Extradición*, adotada em 25 de fevereiro de 1981. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>. Acesso em: 14/10/2006; e também o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, *in verbis*: “ARTIGO 3.º Para que a extradição seja julgada procedente é necessário: a) que o Estado Parte requerente tenha jurisdição para conhecer dos atos que fundamentam o pedido, salvo quando o Estado Parte requerido tenha jurisdição para conhecer da causa; [...]”. Cf. MERCOSUL. Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, adotado em 10 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_3268.htm. Acesso em: 22/11/2006. No âmbito bilateral, conferir o Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Portugal, *in verbis*: “Artigo III [Inadmissibilidade de extradição] 1. Não terá lugar a extradição nos seguintes casos: [...] b) ter sido a infração cometida no território da Parte requerida; [...]”. Cf. BRASIL. Tratado de Extradição, firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, em Brasília, em 7 de maio de 1991. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/extraport.htm>. Acesso em: 04/09/2007; o Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Espanha, *in verbis*: “Artigo IV. 1. Não será concedida a extradição: a) quando o Estado requerido for competente, segundo suas leis, para julgar o delito; [...]”. Cf. BRASIL. Tratado de Extradição, celebrado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, celebrado em Brasília, a 2 de fevereiro de 1988. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_espa_78_1366.htm. Acesso em: 04/09/2007; o Tratado de Extradição entre Portugal e México, *in verbis*: “Artigo 4.º [Inadmissibilidade da extradição] 1 - Não haverá lugar a extradição nos seguintes casos: a) Ter sido a infração cometida no território da Parte requerida; [...]”. Cf. PORTUGAL. Tratado de Extradição entre a República Portuguesa e os Estados Unidos Mexicanos, assinado em Lisboa em 20 de Outubro de 1998. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais/rar-63-99.html>. Acesso em: 04/09/2007; o Tratado de Extradição celebrado entre Portugal e a Austrália, *in verbis*: “Artigo 4.º [Exceções a extradição] [...] 2 - O Estado requerido tem o direito de recusar a extradição se: b) O crime que deu lugar ao pedido de extradição for considerado, de acordo com a lei do Estado requerido, como tendo sido cometido, no todo ou em parte, no território desse Estado; [...]”. Cf. PORTUGAL. Tratado de Extradição entre Portugal e a Austrália, assinado em Lisboa em 21 de Abril de 1987. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais/rar-13-dr-129-88.html>. Acesso em: 04/09/2007. E, no âmbito interno dos Estados, conferir a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Lei n. 144/99) de Portugal, *in verbis*: “Artigo 18. 1 - Pode ser negada a cooperação quando o fato que a motiva for objeto de processo pendente ou quando esse

geralmente invocado pelos Estados com base na cláusula de proteção à “ordem pública”, que conta com a possibilidade de denegação do pedido de cooperação em face da preservação da “soberania” do Estado requerido, sendo considerado um desdobramento lógico desta, a preservação da competência para processar e julgar fatos sob a sua jurisdição.³⁷⁰

Entretanto, o rigor da referida norma vem sendo gradativamente abrandado tanto pelos instrumentos normativos como pela jurisprudência dos Estados. Assim é que a *Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (Ley n. 24.767)* da Argentina prevê, em seu artigo 5.º, que “[...] *No constituirá obstáculo para brindar la ayuda, la circunstancia que el delito cayere también bajo la jurisdicción argentina*”³⁷¹; e, no Brasil, apesar de o inciso III do Artigo 77 da Lei n. 6.815/80 declarar taxativamente que a extradição não será concedida “quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando”³⁷², a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm constantemente atendido a pedidos de extradição – notadamente quando relativos a fatos relacionados ao tráfico de drogas – quando não se tenha ainda instaurado no Brasil processo pelos mesmos fatos, ainda que seja aplicável, em princípio, a lei penal brasileira.³⁷³

fato deva ou possa ser também objeto de procedimento da competência de uma autoridade judiciária portuguesa. [...]”. Cf. PORTUGAL. Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007; e a Lei brasileira n. 6.815/80, *in verbis*: “Art. 77. Não se concederá a extradição quando [...] III – o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando.”. Cf. BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

³⁷⁰ Neste sentido conferir SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 210.

³⁷¹ Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal* (Ley 24.767, sancionada: Diciembre 18 de 1996). Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007.

³⁷² BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

³⁷³ Neste sentido conferir a Extradição n. 729, *in verbis*: “EMENTA: I. Extradição: competência internacional concorrente. A competência, em tese, da Justiça brasileira para conhecer do fato criminoso - que já não se tem reputado impeditiva da extradição, quando não haja procedimento penal em curso no Brasil -, com mais razão não é óbice ao seu deferimento em hipóteses de posse e tráfico ilícitos de entorpecentes, nas quais - por força da Convenção de Nova York - considera-se crime autônomo a realização de cada uma das modalidades do tipo de incriminação múltipla, quando ocorridas em países diversos [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal

2.10.5 Princípio *non bis in idem*

Constitui também importante limite à cooperação penal internacional o tradicional princípio do *non bis in idem*, já devidamente consagrado pelos tratados e convenções internacionais³⁷⁴ e também pelos ordenamentos jurídicos nacionais³⁷⁵, e que permite ou, por vezes, obriga³⁷⁶ o Estado requerido a recusar o atendimento a um pedido de

Federal. Extradicação n. 729, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 20 de outubro de 1998, D.J. de 4 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=729&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 04/09/2007.

³⁷⁴ Dentre os instrumentos multilaterais podemos citar a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9.º, “a”), o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 5.º, parágrafo 1.º, “d”), a Convenção Européia sobre Extradicação (art. 9.º), a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, “b”), a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais (art. 6.º, “e”), a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 18, parágrafo 1.º, “e”); a Convenção Interamericana sobre Extradicação (art. 4.º, parágrafo 1.º) e o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul (art. 7.º). E dentre os tratados bilaterais, podemos citar o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Brasil e o Uruguai (art. 5.º, “d”), o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália (art. 3.º, parágrafo 1.º, “d”), o Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Brasil e a Colômbia (art. 5.º, parágrafo 1.º, “c”); o Tratado de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e o México (art. 3.º, parágrafo 2.º); o Tratado de Extradicação entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, “e” e o parágrafo 2.º, “c”); e o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Bélgica (art. 3.º, alínea “a”).

³⁷⁵ Neste sentido, podemos citar a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária em Matéria Penal de Portugal (art. 8.º); a *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal* da Argentina (art. 11, alínea “b”); a lei brasileira n. 6.815/80 (art. 77, inciso V) e a *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale* (artigo 66, parágrafo 1.º).

³⁷⁶ Convém salientar que, enquanto alguns instrumentos normativos prevêm a *faculdade* de o Estado requerido recusar-se a atender a um pedido de cooperação ao verificar a incidência da regra *non bis in idem*, outros instrumentos normativos vedam peremptoriamente a possibilidade de cooperação neste caso. Assim, como exemplo da primeira orientação, a norma do art. 18, parágrafo 1.º, alínea “e” da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, prevê que “a cooperação em virtude do presente capítulo *pode* ser recusada nos casos em que: [...] e) a Parte requerida considere que a medida solicitada iria contra o princípio *ne bis in idem*” [grifos nossos]. No mesmo sentido também o art. 5.º, parágrafo 1.º, alínea “d” do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, ao afirmar que “O Estado requerido *poderá* denegar a assistência quando: [...] d) a pessoa em relação a qual se solicita a medida haja sido *absolvida* ou haja *cumprido condenação* no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação” [grifos nossos]; e também a norma do art. 9.º, alínea “a” da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, *in verbis*: “*El Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio: a) la solicitud de asistencia fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requiriente o requerido; [...]*” [grifos nossos]. Por outro lado, a norma do art. 9.º da Convenção Européia sobre Extradicação prevê que “A extradicação *não será concedida* quando a pessoa reclamada tiver sido definitivamente *julgada* pelas autoridades competentes da Parte requerida pelo fato ou fatos que fundamentam o pedido de extradicação” [grifos nossos]. Da mesma forma, a norma do art. 7.º da Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente prevê que “a vigilância [...] *não têm lugar* [...] b) se a sentença que motiva o pedido previsto no art. 5.º for fundamentada em fatos que tenham sido definitivamente *julgados* no Estado requerido”. No mesmo sentido também o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália, ao prever em seu art. 3.º, parágrafo 1.º, alínea “d”, que “a cooperação *será recusada*: [...] d) se o acusado já tiver sido *julgado* pelo mesmo fato na Parte requerida [...]” [grifos nossos].

cooperação, quando a pessoa reclamada já tiver sido absolvida ou já tiver cumprido integralmente a condenação que lhe tenha sido imposta no Estado requerido³⁷⁷, no Estado requerente³⁷⁸ ou mesmo em um terceiro Estado³⁷⁹, em virtude dos mesmos fatos que fundamentam o pedido de cooperação. Para a incidência da regra do *non bis in idem*, necessário, então, existir sentença absolutória transitada em julgado ou sentença condenatória já devidamente cumprida, relativa aos mesmos fatos objeto do pedido de cooperação.

Da mesma forma, vários instrumentos normativos³⁸⁰ igualmente permitem à Parte requerida recusar-se a cooperar, em se tratando especificamente de pedido de **extradição**, se a pessoa reclamada já estiver sendo processada, no território do Estado requerido, pelos mesmos fatos que fundamentam o pedido de extradição. Quando, por outro

³⁷⁷ Cf. o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 5.º, parágrafo 1.º, alínea “d”); a Convenção Européia de Extradição (art. 9.º); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 7.º); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionadamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, “b”); a Convenção Interamericana sobre Extradição (artigo 4.º, parágrafo 1.º).

³⁷⁸ Cf. o art. 9.º, alínea “a” da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, *in verbis*: “El Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio: a) la solicitud de asistencia fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requiriente o requerido” [grifos nossos].

³⁷⁹ Cf. o art. 2.º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Européia de Extradição, *in verbis*: “A extradição de uma pessoa contra quem foi proferida uma sentença definitiva num *terceiro Estado*, Parte Contratante na Convenção, pelo fato ou fatos que fundamentam o pedido apresentado não será concedida: a) quando a referida sentença a tiver absolvido; b) quando a pena privativa de liberdade ou outra medida aplicada: i) tiver sido inteiramente cumprida; ii) tiver sido objeto de uma medida de graça ou de uma anistia relativa à totalidade ou à parte não executada; c) quando o juiz tiver reconhecido a culpabilidade do autor da infração sem pronunciar uma sanção” [grifos nossos]. Em semelhante sentido também o art. 8.º, parágrafo 1.º da Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, de Portugal, *in verbis*: “A cooperação não é admissível se, em Portugal ou *noutro Estado* em que tenha sido instaurado procedimento pelo mesmo fato: a) o processo tiver terminado com sentença absolutória transitada em julgado ou com decisão de arquivamento; b) a sentença condenatória se encontrar cumprida ou não puder ser cumprida segundo o direito do Estado em que foi proferida; c) o procedimento se encontrar extinto por qualquer outro motivo, salvo se este se encontrar previsto, em convenção internacional, como não obstando à cooperação por parte do Estado requerido” [grifos nossos]. No mesmo sentido também o art. 11, alínea “b” da *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal* da Argentina, *in verbis*: “La extradición no será concedida: [...] b) cuando la persona reclamada ya hubiese sido juzgada, en la Argentina o *cualquier otro país*, por el hecho que motiva el pedido” [grifos nossos].

³⁸⁰ Cf. a Convenção Européia sobre Extradição (art. 8.º); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 12); o Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 6.º, parágrafo 1.º); o Tratado de Extradição entre Brasil e Rússia (art. 6.º, parágrafo 1.º, “b”); o Tratado de Extradição entre Brasil e Itália (art. 3.º, parágrafo 1.º, “a”); o Tratado de Extradição entre Portugal e Brasil (art. 5.º, parágrafo 1.º “c”); o Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 6.º, parágrafo 1.º); o Tratado de Extradição entre Brasil e Ucrânia (art. 6.º); o Tratado de Extradição entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 2.º, “c”); o Tratado de Extradição entre Brasil e o Chile (art. 4.º, “c”); o Tratado de Extradição entre Brasil e Austrália (art. 3.º, “c”); o Tratado de Extradição entre Brasil e o México (art. 3.º, “b”); o Tratado de Extradição entre Brasil e França (art. 7.º “b”); o Tratado de Extradição entre Argentina e Brasil (art. 3.º “b”). A lei brasileira n. 6.815/80 também prevê cláusula semelhante em seu art. 77, inciso V.

lado, o indivíduo reclamado estiver sendo processado ou já tiver sido condenado no Estado requerido, por outros fatos, diferentes daqueles que fundamentam o pedido de extradição, esta será deferida, pelo Estado requerido, apenas após a conclusão do processo ou o cumprimento da pena imposta naquele Estado.³⁸¹

Registre-se que a regra do *non bis in idem* trata-se de um princípio universal aplicável, de forma geral, a todas as espécies de cooperação penal internacional, não apenas à extradição, e que, segundo o professor João Marcello de Araújo Júnior, “reflete um sentimento de justiça, uma vez que repugna a consciência jurídica que alguém possa expiar duas vezes pela mesma falta”.³⁸²

Segundo o autor supra citado, o referido princípio destina-se a atender um duplo propósito: por um lado, garantir o respeito à soberania do Estado requerido, que naturalmente deve ter prioridade no processamento e julgamento dos delitos que sejam de sua competência, em detrimento do Estado requerente; por outro lado, o referido princípio também trata de garantir o devido respeito aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa reclamada, impedindo que a mesma seja duas vezes penalizada pelos mesmos fatos, ainda que em jurisdições diferentes.³⁸³

2.10.6 Extinção da punibilidade

Outro importante limite geralmente imposto à cooperação penal internacional relaciona-se às causas de extinção da punibilidade, impeditivas do exercício do

³⁸¹ Este foi o critério expressamente adotado pelo artigo 89 da Lei brasileira n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”), *in verbis*: “Art. 89. Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980* (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

³⁸² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 161.

³⁸³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 161.

jus puniendi dos Estados. Assim, os pedidos de cooperação geralmente não prosperarão quando, pelos mesmos fatos que os fundamentarem, a pessoa reclamada já tiver sido beneficiada pela anistia, indulto, graça ou perdão judicial no Estado requerido.³⁸⁴

Da mesma forma, o pedido de cooperação geralmente não será atendido se, na ocasião de seu recebimento pelo Estado requerido, verificar-se a prescrição penal, quer segundo a legislação do Estado requerente ou do Estado requerido.³⁸⁵ Portanto, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória³⁸⁶, conforme a lei de qualquer dos Estados envolvidos, não se atenderá ao pedido de cooperação. Aplica-se, dessa forma, a regra prescricional que for mais favorável à pessoa demandada. Entretanto, convém ressaltar que a

³⁸⁴ Cf. a Convenção relativa à Extradicação entre os Estados Membros da União Européia (art. 9.º); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionadamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, “e”); o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre Extradicação (art. 4.º); a Convenção Interamericana sobre Extradicação (art. 4.º, parágrafo 1.º); o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul (art. 7.º). Dentre os tratados bilaterais podemos citar o Tratado de Extradicação entre Brasil e Espanha (art. 4.º, parágrafo 1.º, “b”); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Rússia (art. 6.º, parágrafo 2.º, “b”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Coréia (art. 3.º, parágrafo 1.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Ucrânia (art. 3.º, parágrafo 1.º, “a”); o Tratado de Extradicação entre Portugal e Brasil (art. 3.º, parágrafo 1.º, “e”); o Tratado de Extradicação entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, “f”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Austrália (art. 3.º, “c”); o Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e China (art. 4.º, “e”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e França (art. 4.º, “f”); o Tratado de Extradicação entre Argentina e Brasil (art. 3.º, “b”). No mesmo sentido também a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, de Portugal (art. 8.º, parágrafo 1.º, “c”).

³⁸⁵ Cf. a Convenção Européia sobre Extradicação (art. 10); o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul (art. 7.º); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionadamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, “d”); a Convenção sobre a Transmissão de Processos Penais (art. 10, “c”); e a Convenção Interamericana sobre Extradicação (artigo 4.º, parágrafo 2.º). Dentre os tratados bilaterais podemos citar o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Espanha (art. 4.º, parágrafo 1.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Rússia (art. 6.º, parágrafo 2.º, “c”); o Tratado de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e o México (art. 3.º, parágrafo 2.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália (art. 3.º, parágrafo 1.º, “b” e “c”); o Tratado de Extradicação entre Portugal e Brasil (art. 3.º, parágrafo 1.º, “d”); o Tratado de Extradicação entre a Bolívia e o Brasil (art. 3.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre Portugal e o México (art. 4.º, parágrafo 1.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Suíça (art. 3.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Ucrânia (art. 5.º); o Tratado de Extradicação entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, “f”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Chile (art. 4.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Austrália (art. 3.º, “d”); o Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e China (art. 4.º, “e”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e o México (art. 3.º, “c”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e França (art. 4.º, “e”); o Tratado de Extradicação entre Argentina e Brasil (art. 3.º, “c”). Neste sentido também a *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal*, da Argentina (art. 11, alínea “a”) e a lei brasileira n. 6.815/80 (art. 77, inciso VI).

³⁸⁶ A prescrição penal é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes de a sentença final transitar em julgado e faz com que o Estado perca o direito de julgar o delinquente e aplicar a pena devida. Por sua vez, a prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória fazendo com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta. Segundo Damásio de Jesus, fala-se impropriamente em “prescrição da ação”, com relação à primeira, e “prescrição da condenação”, com relação à segunda. Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 1. vol. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 713.

prescrição apenas opera como um limite à cooperação quando verificada anteriormente à apresentação do pedido pelo Estado requerente, como assim nos esclarece a Convenção Interamericana sobre Extradicação, *in verbis*:

*Artículo 4. [Improcedencia de la extradición] La extradición no es procedente: [...] 2. Cuando esté prescrita la acción penal o la pena, sea de conformidad con la legislación del Estado requirente o con la del Estado requerido, con anterioridad a la presentación de la solicitud de extradición; [...] [grifos nossos].*³⁸⁷

As causas de extinção da punibilidade geralmente operam – nos instrumentos normativos analisados – como verdadeiras causas obstativas da cooperação, não cabendo, portanto, à Parte requerida, nestes casos, sequer a faculdade de atender aos pedidos formulados pela Parte requerente.³⁸⁸

Segundo Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, a limitação imposta à cooperação se justificaria, nestes casos, pelo fato de que o implemento de uma causa extintiva da punibilidade, faz perecer o direito de punir do Estado, pouco importando que a punibilidade tenha sido extinta pela lei do Estado requerido e não segundo a lei do Estado requerente, pois o desaparecimento do direito de punir faz com que a pessoa demandada já não seja mais merecedora de qualquer sanção, e, por isso, o Estado requerido não estará

³⁸⁷ Cf. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convencion Interamericana sobre Extradición*, adotada em 25 de fevereiro de 1981. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>.

³⁸⁸ Acesso em: 14/10/2006.

Neste sentido conferir o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, *in verbis*: “Artigo 7.º **Não se concederá** a extradicação de pessoa reclamada caso já tenha sido julgada, indultada, beneficiada por anistia ou obtido graça pelo Estado Parte requerido com respeito ao ato ou aos atos que fundamentam o pedido de extradicação. [...] Artigo 9.º [Da Prescrição] **Não se concederá** a extradicação quando a ação ou a pena estiverem prescritas conforme a legislação do Estado Parte requerente ou do Estado Parte requerido” [grifos nossos]. Cf. MERCOSUL. *Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul*, adotado em 10 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_3268.htm. Acesso em: 22/11/2006. No mesmo sentido também a Convenção Européia sobre Extradicação, *in verbis*: “Artigo 10 [Prescrição] A extradicação **não será concedida** se o procedimento criminal ou a pena estiverem extintos por prescrição, nos termos da legislação da Parte requerente ou da Parte requerida”. [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Extradition*. Paris, 13.XII.1957. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>. Acesso em: 24/03/2007. E ainda a Convenção para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente, *in verbis*: “Artigo 7.º 1 - A vigilância, a execução ou a aplicação integral **serão recusadas**: [...] e) Se o autor da infração tiver sido beneficiado pela anistia ou pelo perdão no Estado requerente ou no Estado requerido”. [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders*. Strasbourg, 30.XI.1964. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>. Acesso em: 13/02/2007.

legitimado a prestar a cooperação.³⁸⁹ Para João Marcello de Araújo Júnior, a prestação de cooperação nestes casos violaria o princípio da dupla incriminação.³⁹⁰ De fato, lembre-se que Francisco Rezek nos informa que a dupla incriminação “se reflete e focaliza não apenas sobre a tipicidade, mas também sobre o *jus puniendi*.”³⁹¹

2.10.7 Revelia no Estado requerente

A solicitação de cooperação penal internacional poderá não obter êxito também nos casos em que o processo ou procedimento penal instaurado no Estado requerente – em virtude do qual se solicita a cooperação – correr à revelia da pessoa demandada, naqueles casos em que, no entender da Parte requerida, não tiverem sido assegurados “os direitos mínimos de defesa reconhecidos a qualquer pessoa acusada de uma infração”.³⁹²

Convém explicitar que, por “direitos mínimos de defesa” deve-se entender o conjunto de garantias processuais fundamentais, geralmente reconhecidas pelos instrumentos

³⁸⁹ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 168.

³⁹⁰ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Extradição: alguns aspectos fundamentais. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 326, ano 90, Abr./Jun. 1994. p. 71

³⁹¹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 195. Neste sentido, a jurisprudência brasileira também é categórica no sentido de afirmar que “Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da *prescrição penal*, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à *dupla punibilidade* constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional” [grifos nossos]. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 662. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28 de novembro de 1996, D.J. de 30 de maio de 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 22/08/2007.

³⁹² Registre-se que, enquanto alguns instrumentos normativos prevêem a *faculdade* de o Estado requerido recusar-se a atender pedidos de cooperação na referida situação – como prevê o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre Extradição (art. 3.º), a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 18, parágrafo 4.º, “f”) e a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal (art. 130, “a”) – por outro lado, outros instrumentos normativos prevêem que, neste mesmo caso, o pedido de cooperação *não deverá* ser atendido pelo Estado requerido, não cabendo a este, portanto, sequer a *faculdade* de atendê-lo, como assim estabelece, por exemplo, a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (art. 7.º, parágrafo 2.º, “c”), o Tratado de Extradição entre Brasil e Itália (art. 5.º, “a”), o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Espanha (art. 7.º), o Tratado de Extradição entre o Brasil e a França (art. 4.º, “c”), e no âmbito interno dos Estados, a *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal*, da Argentina (art. 11, alínea “d”) e a *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale* da Suíça (art. 37, parágrafo 2.º).

internacionais de proteção aos direitos e liberdades fundamentais³⁹³ ao réu, acusado ou investigado, no âmbito de qualquer processo ou procedimento penal, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência etc.

Ressalte-se que a mera circunstância de o processo ou a condenação ter ocorrido à revelia da pessoa demandada no Estado requerente não constitui, por si só, fundamento hábil para a denegação de um pedido de cooperação pelo Estado requerido. Necessário ainda a verificação da concreta supressão dos direitos de defesa e garantias processuais fundamentais no processo desenvolvido contra o demandado no Estado requerente. Neste ponto, o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre Extradução é claro ao estatuir, no parágrafo 1.º de seu art. 3.º, que

Quando uma Parte Contratante pedir a outra Parte Contratante a extradição de uma pessoa para fins de execução de uma pena ou de uma medida de segurança imposta por uma decisão proferida contra ela à revelia, a Parte requerida poderá recusar a extradição se, em seu entender, **o processo não tiver assegurado os direitos mínimos de defesa** reconhecidos a qualquer pessoa acusada de uma infração. [...] [grifos nossos].³⁹⁴

A Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal (Lei n. 144/99), logrou ser ainda mais específica, ao estabelecer, na norma do seu artigo 6.º, parágrafo 1.º, alínea “a”, que o pedido de cooperação **será** recusado quando:

³⁹³ Dentre os referidos instrumentos internacionais de proteção dos direitos e liberdades fundamentais destacam-se, no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); no âmbito da União Européia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000); no âmbito da OEA, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); e no âmbito da ONU, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

³⁹⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition*. Strasbourg, 17.III.1978. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/098.htm>. Acesso em: 14/02/2007. No mesmo sentido, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime também prevê que a cooperação poderá ser recusada se: “[...] f) O pedido reporta-se a uma decisão de perda proferida na ausência da pessoa visada pela decisão e se, segundo a Parte requerida, o procedimento instaurado pela Parte requerente e que conduziu a essa decisão não satisfaz os direitos mínimos de defesa reconhecidos a qualquer pessoa acusada de uma infração”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. Warsaw, 16.V.2005. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>. Acesso em: 13/04/2007. No âmbito bilateral, o Tratado de Extradução entre o Brasil e a Itália, adota idêntico critério, ao estatuir, em seu artigo 5.º, que a extradição não será concedida “a) se, pelo fato pelo qual for solicitada, a pessoa reclamada tiver sido ou vier a ser submetida a um procedimento que não assegure os direitos mínimos de defesa. A circunstância de que a condenação tenha ocorrido à revelia não constitui, por si só, motivo para recusa de extradição; [...]”. Cf. BRASIL. *Tratado de Extradução, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989*. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_ital_119_1356.htm. Acesso em: 04/09/2007.

O processo (no Estado requerente) não satisfizer ou não respeitar as exigências da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria, ratificados por Portugal.³⁹⁵

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a matéria, fazendo referência ao *fair trial* a ser necessariamente observado no Estado requerente, como requisito para o deferimento de pedido de cooperação, pelo menos quanto à extradição passiva, *in verbis*:

Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. [...] O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante – impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. Celso de Mello). O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao *fair trial* atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição.³⁹⁶

Mas, registre-se ainda que, o mesmo tribunal também já decidiu que apenas a ocorrência da revelia no Estado requerente não configura, por si só, motivo hábil para a denegação de um pedido de extradição, nestes termos:

[...] EXTRADIÇÃO E REVELIA PERANTE TRIBUNAL ESTRANGEIRO - A decretação da revelia do extraditando, por órgão competente do Estado requerente, não constitui, só por si, motivo bastante para justificar a recusa de extradição. O fato de o extraditando haver sido julgado “*in absentia*” por seu juiz natural, em processo no qual lhe foram asseguradas as garantias

³⁹⁵ PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 633, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 28 de agosto de 1996, D.J. de 6 de abril de 2001. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetailsProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=633&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 04/09/2007. No mesmo sentido também as Extradições n. 811, n. 897, n. 953 e n. 977.

básicas que assistem a qualquer acusado, não atua como causa obstativa do deferimento do pedido extradicional.³⁹⁷

2.10.8 Tribunal ou juízo de exceção

Constitui importante cláusula limitativa da cooperação, prevista em tratados e convenções internacionais e também nas leis internas dos Estados³⁹⁸, a norma que, em princípio, impede a cooperação nos casos de processo instaurado ou de pena aplicada por tribunais ou juízos de exceção no Estado requerente.

Por tribunal de exceção, deve-se entender o órgão constituído *ex post facto* (isto é, após a ocorrência do fato que se deseja julgar) para o processo e julgamento de um determinado caso concreto ou de pessoas determinadas.³⁹⁹

A criação de tribunais ou juízos de exceção viola a garantia processual do “juiz natural”, um dos princípios fundamentais da função jurisdicional, eis que intimamente

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 917, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 25 de maio de 2005, D.J. de 11 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=917&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 04/09/2007.

³⁹⁸ No âmbito multilateral, conferir a Convenção Interamericana sobre Extradicação (art. 4.º, parágrafo 3.º), o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul (o art. 8.º) e a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9.º, “d”). Dentre os instrumentos bilaterais, podemos citar o Tratado de Extradicação entre Brasil e França (art. 4.º, alínea “c”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Espanha (art. 4.º, parágrafo 1.º, alínea “d”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália (art. 3.º, parágrafo 1.º, alínea “d”); o Tratado de Extradicação entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, alínea “g”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Coreia (art. 3.º, parágrafo 1.º, “e”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Rússia (Art. 6.º, parágrafo 2.º, “d”); o Tratado de Extradicação entre Brasil e Portugal (art. 3.º, parágrafo 1.º, “g”); e o Tratado de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre Portugal e México (art. 3.º, parágrafo 1.º, alínea “d”). Da mesma forma, alguns Estados também trataram de introduzir, em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, cláusulas que expressamente *proíbem* a cooperação em se tratando de processo ou procedimento submetido a juízo ou tribunal de exceção no Estado requerente. Assim, por exemplo, o Brasil, em se tratando de extradicação (art. 77, inciso VIII da Lei n. 6.815/80); Portugal, em se tratando de cooperação penal internacional *lato sensu* (art. 6.º, parágrafo 1.º, “d” da Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária em Matéria Penal); a Argentina, em se tratando de extradicação (art. 8.º, “c” da *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal*) e a Suíça, também no que se refere à extradicação (art. 38, “c” da *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale*). Isto significa que, nestes países não há sequer a *faculdade* de atender a um pedido de cooperação nos casos de processos instaurados ou de penas impostas por juízos ou tribunais de exceção, uma vez que há norma interna que expressamente os proíbe de assim proceder neste caso. Por outro lado, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, prevê a *faculdade* de o Estado requerido recusar a cooperação na referida situação, *in verbis*: “*El Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio: [...] d) se trata de una solicitud originada a petición de un tribunal de excepción o de un tribunal ad hoc*” (art. 9.º, “d”).

³⁹⁹ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 10.

relacionado à imparcialidade do juízo. Juiz natural é o órgão previamente conhecido, segundo regras objetivas de fixação de competência estabelecidas com anterioridade, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade nos julgamentos. Para assegurar esta imparcialidade, os ordenamentos jurídicos internos dos Estados contemporâneos geralmente estipulam garantias e prescrevem vedações aos seus órgãos jurisdicionais, bem como proíbem a criação de tribunais ou juízos de exceção.⁴⁰⁰

Portanto, a cláusula que impede a cooperação quando se tratar de processo instaurado ou de pena aplicada por tribunais ou juízos de exceção no Estado requerente, “parece basear-se na consideração de que, em geral, os tribunais e juízos de exceção não oferecem aos acusados as garantias necessárias, asseguradas pelos tribunais e juízos comuns”.⁴⁰¹ Dessa forma, procura-se “resguardar a imparcialidade no julgamento por um órgão judicial independente e livre, como expressão de uma garantia individual fundamental”.⁴⁰² Ressalte-se que esta garantia encontra-se devidamente assegurada por importantes instrumentos internacionais sobre proteção aos direitos e liberdades fundamentais.⁴⁰³

⁴⁰⁰ No Brasil, a proibição de juízo ou tribunal de exceção é garantia processual fundamental, prevista no art. 5.º, inciso XXXVII da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰¹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 183-184.

⁴⁰² LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 184.

⁴⁰³ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, em seu artigo 14, que: “1. [...] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 476-477. Cláusula semelhante também encontra-se prevista na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, *in verbis*: “Artigo 6.º [Direito a um processo equitativo] 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Rome, 4.XI.1950. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>. Acesso em: 22/04/2007. Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos contempla cláusula semelhante, *in verbis*: “Artigo 8.º [Garantias judiciais] 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por

Entretanto, vale ressaltar que, não se deve confundir os tribunais ou juízos de exceção com as jurisdições especializadas. Segundo nos informa o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

Não se deve, todavia, confundir justiça especial, que a Constituição prevê, com justiça de exceção [...] a primeira se distingue da segunda porque é permanente e orgânica, enquanto a outra é transitória e arbitrária, porque a primeira aplica a lei a todos os casos de determinada matéria enquanto a segunda é *ad hoc*, isto é, para cada caso concreto. [...] Assim, a justiça especial é o conjunto dos ramos do Judiciário habilitados a aplicar contenciosamente a lei a casos de determinada matéria.⁴⁰⁴

Portanto, o efeito impeditivo da cooperação inerente à cláusula em comento, não abrange o processamento e julgamento de delitos no âmbito das justiças especiais (como a justiça eleitoral, militar, etc.) do Estado requerente, pois, conforme anteriormente explicitado, os tribunais ou juízos de exceção são instituídos *ex post facto*, para o processo e julgamento de determinados casos concretos, ao passo que as justiças especiais são previamente instituídas pelo ordenamento jurídico estatal e têm como função o processamento e julgamento de todos os casos, indistintamente, versando sobre matéria específica (de natureza eleitoral, militar etc.).

No Brasil, a cláusula que proíbe a concessão da extradição, quando houver a possibilidade de o Estado requerente submeter o acusado a julgamento por tribunais de exceção ou o sentenciado a cumprir pena aplicada por esses tribunais⁴⁰⁵, foi interpretada pelo

lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, adotada em San José a 22 de Novembro de 1969. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 538.

⁴⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 250.

⁴⁰⁵ A referida cláusula encontra-se prevista no art. 77, inciso VIII da Lei n. 6.815/80, nestes termos: “Não se concederá a extradição quando: [...] VIII – o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980* (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

Supremo Tribunal Federal, admitindo um conceito mais amplo de tribunal de exceção, nestes termos:

[...] A perspectiva de submissão do extraditando a tribunal de exceção, qualquer que seja a noção conceitual que se lhe atribua, veda, de modo absoluto, a possibilidade de deferimento do pedido extradicional. A noção de tribunal de exceção admite para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais criados *ex post facto*, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende os tribunais regulares desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal. A possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante – impede o válido deferimento do pedido extradicional.⁴⁰⁶

2.10.9 Natureza da sanção aplicável

De índole intrinsecamente protetiva dos direitos e liberdades fundamentais e que, portanto, igualmente merecem destaque, são as cláusulas que evitam a exposição das pessoas reclamadas a tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes no Estado requerente, particularmente, a cláusula que impede a entrega do extraditando, quando a infração, determinante do pedido de extradição, for punível pela legislação do Estado requerente com pena de morte ou pena atentatória à integridade física ou outras sanções corporais de que resultem lesão irreversível à pessoa reclamada, ou ainda, nos casos de possibilidade de aplicação de pena de prisão perpétua.

Nestes casos, não se atenderá ao pedido de cooperação, a menos que o Estado requerente ofereça garantias (através da assunção de compromisso formal), consideradas suficientes pelo Estado requerido, de que as referidas sanções não serão

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 524, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 31 de outubro de 1990, D.J. de 8 de março de 1991. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=524&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 22/08/2007.

aplicadas à pessoa reclamada, comprometendo-se ainda, a comutá-las apenas até o limite da pena máxima privativa de liberdade admitida pela legislação interna do Estado requerido.⁴⁰⁷

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria, afirmando que

[...] Em face da possibilidade de cominação da pena de prisão perpétua, é de se observar a atual jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal para exigir do Estado requerente o compromisso de não aplicar esse tipo de reprimenda, menos ainda a pena capital, em caso de condenação do réu.⁴⁰⁸

[...] A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto à ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la, em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil.⁴⁰⁹

2.10.10 Cláusula de “não discriminação” e cláusula “humanitária”

Outras importantes limitações – também de índole profundamente protetiva da pessoa humana – impostas à cooperação penal internacional, são notoriamente: a cláusula de “não-discriminação”⁴¹⁰, que prevê a possibilidade de o Estado requerido legitimamente

⁴⁰⁷ Cf. a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 9.º); a Convenção Européia sobre Extradição (art. 11); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 13); e a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo (art. 21, parágrafos 2.º e 3.º). Dentre os instrumentos bilaterais, podemos citar o Tratado de Extradição entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, alínea “c” e parágrafo 2.º, alínea “e”); o Tratado de Extradição entre Brasil e Itália (arts. 4.º e 5.º, alínea “b”); o Tratado de Extradição entre Brasil e França (art. 5.º); o Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 4.º, parágrafo 1.º, alíneas “e” e “f”); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Espanha (art. 6.º, parágrafo 2.º); o Tratado de Extradição entre Brasil e Rússia (art. 8.º, parágrafo 1.º, “c”); o Tratado de Extradição entre Brasil e Portugal (art. 3.º, parágrafo 1.º, “f”); e o Tratado de Extradição entre o Brasil e o Reino Unido (art. 4.º). Em se tratando de legislação interna dos Estados, conferir o art. 8.º, alíneas “e” e “f” da *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal*, da Argentina; o art. 6.º, parágrafo 1.º, “e” e “f” da Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, de Portugal; o art. 91, inciso III da lei brasileira n. 6.815/80; e o art. 37, parágrafo 3.º da *Loi fédérale sur l’entraide internationale en matière pénale* da Suíça.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 944, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento em 19 de dezembro de 2005, D.J. de 17 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=944&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 05/09/2007.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 855, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 26 de agosto de 2004, D.J. de 01 de julho de 2005. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=855&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 05/09/2007.

⁴¹⁰ Conforme expressão utilizada por Ada Pellegrini Grinover. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 4.

recusar-se a dar cumprimento a um pedido de cooperação quando existirem fundadas razões para crer que o pedido tenha como finalidade perseguir ou punir uma pessoa em virtude de sua raça, sexo, religião, condição social, nacionalidade, origem étnica ou convicções políticas; e a denominada “cláusula humanitária”⁴¹¹, que permite ao Estado requerido recusar-se a entregar o extraditando, tendo em vista considerações de ordem humanitária, quando em razão de sua idade, condições de saúde ou outras circunstâncias de caráter pessoal, devidamente comprovadas, se verificar que a sua entrega ao Estado requerente poderá acarretar-lhe consequências de excepcional gravidade.

A cláusula de não-discriminação geralmente encontra-se difundida entre os tratados que contemplam normas sobre extradição e aqueles instrumentos que tratam do crime organizado e do terrorismo⁴¹², visando conferir maior proteção à pessoa do demandado contra ingerências arbitrárias, uma vez que, especialmente com relação a esses tipos de instrumentos, verifica-se tendência no sentido da ampliação do seu âmbito de aplicação de forma a abranger determinadas categorias de condutas, de caráter criminoso um tanto relativo (como os delitos políticos), que tradicionalmente se encontram excluídas do âmbito de aplicação dos demais instrumentos normativos sobre cooperação penal internacional.

⁴¹¹ Expressão utilizada por Ada Pellegrini Grinover. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004. p. 4.

⁴¹² A referida cláusula de não-discriminação encontra-se presente na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 16, parágrafo 14, no que se refere à extradição), na Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (art. 15), na Convenção Européia sobre Extradição (art. 3.º, parágrafo 2.º), na Convenção Européia para a Repressão ao Terrorismo (artigo 5.º no que se refere à extradição; e artigo 8.º no que se refere ao auxílio mútuo), na Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9.º, “b”), na Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 4.º, parágrafo 5.º), na Convenção Interamericana contra o Terrorismo (art. 14) e na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (art. 6.º, parágrafo 6.º, no que se refere à extradição). Dentre os tratados bilaterais, a referida cláusula pode ser encontrada no Tratado de Extradição entre Portugal e Austrália (art. 4.º, parágrafo 1.º, “b”); no Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 3.º, parágrafo 1.º, “c”); no Tratado de Extradição entre Brasil e Reino Unido (art. 3.º, parágrafo 1.º, “c”); no Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália (art. 3.º, parágrafo 1.º, “c”); no Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Brasil e Portugal (art. 3.º, parágrafo 1.º, “c”); no Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a França (art. 2.º, “d”) etc. Esta cláusula também se faz presente na legislação interna de alguns Estados como, por exemplo, a Argentina, em sua *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en materia penal* (art. 8.º, “d”) e em Portugal, na Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (art. 6.º, parágrafo 1.º, “b”).

Por outro lado, a denominada “cláusula humanitária” ainda é de aplicação incipiente na prática convencional. Nos poucos instrumentos normativos em que constatamos a sua presença, a maior parte deles trata apenas da extradição⁴¹³, e nenhum de âmbito multilateral. A doutrina também não se debruça à exaustão sobre o assunto, apenas tratando de esclarecer que as considerações de ordem humanitária, seja em razão da idade, ou das condições de saúde ou outras circunstâncias de caráter pessoal, devem ser apreciadas pelo Estado requerido à luz de um “juízo de conveniência e oportunidade”.⁴¹⁴

2.10.11 Princípio da especialidade

O princípio da especialidade, igualmente denominado pela doutrina de princípio do “efeito limitativo da extradição”⁴¹⁵, encontra-se consagrado por inúmeros tratados e convenções internacionais sobre extradição e também pelas leis internas dos Estados, constituindo, então, outro significativo limite à cooperação penal internacional.

De acordo com o princípio da especialidade, a pessoa extraditada não poderá ser perseguida, processada, julgada, detida com vistas à execução de qualquer pena ou medida de segurança, ou sequer submetida a qualquer outra privação ou restrição de sua liberdade individual, no território do Estado requerente, pela prática de quaisquer outras infrações ou pela existência de condenações anteriores⁴¹⁶, distintas daquelas que

⁴¹³ A referida “cláusula humanitária” encontra-se prevista no Tratado de Extradição entre o Brasil e a França (art. 8.º); no Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 6.º, parágrafo 2.º); no Tratado de Extradição entre o Brasil e a Austrália (art. 4.º, alínea “c”); e no Tratado de Extradição entre o Brasil e a República da Coreia (art. 4.º, alínea “c”). No âmbito interno dos Estados, encontra-se presente no parágrafo 2.º do art. 18 da Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal de Portugal.

⁴¹⁴ SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 213.

⁴¹⁵ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 205.

⁴¹⁶ Registre-se que, enquanto alguns instrumentos normativos referem-se aos fatos anteriores à data em que se formalizou o *pedido* de extradição, outros instrumentos normativos se referem aos fatos anteriores à data da *entrega* do extraditando ao Estado requerente. Como exemplo de instrumentos que adotam a primeira orientação podemos citar o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 14, parágrafo 1.º), a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 13, parágrafo 1.º) e o Tratado de Extradição entre Argentina e Brasil (art. 14). Por outro lado, adotam a segunda orientação a Convenção Européia sobre

fundamentaram o pedido de extradição. Dessa forma, ao ser entregue o extraditando ao Estado requerente, deverá este ater-se aos precisos limites da extradição, não podendo submetê-lo à investigação, processo, julgamento ou cumprimento de pena ou qualquer outra medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos, por delito anterior e diverso daquele que serviu de fundamento ao pedido de extradição.⁴¹⁷

Registre-se que o referido princípio encontra-se presente nos tratados e convenções internacionais⁴¹⁸ sobre extradição e também nas leis internas dos Estados⁴¹⁹, surtindo importantes efeitos tanto para o Estado requerente como para o Estado requerido.

Segundo João Marcello de Araújo Júnior,

No campo do Direito Internacional é considerado como uma obrigação internacional, assumida pelo Estado requerente não apenas perante o Estado requerido, mas perante toda a comunidade internacional. No âmbito do direito interno, surte efeitos tanto no país requerente, como no requerido. Para o Estado requerente representa uma limitação a sua soberania, pois que limita o exercício do '*jus perseguendi*'. Para o Estado requerido importa em uma reafirmação de sua soberania.⁴²⁰

O princípio da especialidade visa conferir maior proteção às pessoas reclamadas, coibindo demandas extradicionais formuladas com má-fé, como naquelas

Extradição (art. 14, parágrafo 1.º), o Tratado Tipo de Extradição, adotado pela ONU (art. 14, parágrafo 1.º) e os Tratados de Extradição entre Brasil e França (art. 12, parágrafo 1.º) e entre Brasil e Itália (art. 7.º, parágrafo 1.º).

⁴¹⁷ Alguns autores ainda entendem que, de acordo com o princípio da especialidade, o Estado requerente não poderá sujeitar a pessoa extraditada ao cumprimento de uma pena mais severa do que a que fora imposta pela condenação que servira de fundamento para a concessão da extradição de natureza executória. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 205.

⁴¹⁸ Conferir a Convenção Européia sobre Extradição (art. 14); a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 13); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 14); e a Convenção relativa à Extradição entre os Estados membros da União Européia (art. 10). Em se tratando de instrumentos bilaterais conferir o Tratado de Extradição entre Portugal e Austrália (art. 5.º); o Tratado de Extradição entre Brasil e Espanha; o Tratado de Extradição entre a Argentina e o Brasil (art. 14); o Tratado de Extradição entre Portugal e Tunísia (art. 6.º); o Tratado de Extradição entre o Brasil e Austrália (art. 6.º); o Tratado de Extradição entre Brasil e o México (art. 9.º); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a França (art. 12); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Itália (art. 7.º); e o Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 9.º); o Tratado de Extradição entre o Brasil e o Reino Unido (art. 12).

⁴¹⁹ No Brasil, o princípio da especialidade encontra-se presente na Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (art. 91, inciso I). Em Portugal, o mesmo princípio encontra-se previsto na Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (art. 16); da mesma forma, na Argentina, na *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal* (art. 18), e na Suíça, na *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale* (art. 38, parágrafo 1.º, "a" e "b").

⁴²⁰ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 163

situações em que o Estado requerente solicita a entrega de uma pessoa pela prática de delitos de determinada natureza, quando sua real intenção é, na verdade, processar o extraditando por outros delitos não mencionados no pedido – que, se revelados, provavelmente impediriam o êxito da medida⁴²¹ (como, p. ex. os delitos políticos). Portanto, o referido princípio atua como um decisivo obstáculo às pretensões eventualmente arbitrárias, formuladas com desrespeito ao postulado da boa-fé que deve orientar o comportamento dos Estados soberanos em suas recíprocas relações no plano da sociedade internacional. Trata-se de um princípio basilar que visa proteger o indivíduo extraditado, mesmo encontrando-se este sob o domínio territorial de uma soberania alheia, contra procedimentos penais abusivos ou contra eventuais punições de caráter arbitrário.⁴²² O princípio da especialidade atua, portanto, em benefício da pessoa humana.⁴²³

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a matéria, que se encontra regulada pela Lei n. 6.815/80⁴²⁴, afirmando que

[...] O postulado da especialidade, precisamente em função das razões de ordem político-jurídica que justificam a sua formulação e previsão em textos normativos, assume inegável sentido tutelar, pois destina-se a proteger, na

⁴²¹ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 205.

⁴²² De fato, o princípio da especialidade tem a sua razão de ser, pois, do contrário, todo o sistema de garantias em favor do extraditando não teria o menor sentido se o Estado requerente estivesse livre para processá-lo e puni-lo por outros fatos ou a título diverso. Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 207.

⁴²³ Assim, para Quintano Ripollés, “*Tanto el principio de la especialidad como el de la identidad normativa, como toda dogmática de legalismo penal, responden primordialmente a un interes individualista y liberal, de protección jurídica al individuo sujeto passivo de la extradición. En este sentido, uno y outro desentonan un tanto de la tónica esencialmente publicista de este instituto, sirviendo excepcionalmente a los intereses personales del reo*”. RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Francisco de Vitoria, tomo II, 1957. p. 202-203.

⁴²⁴ O princípio da especialidade na extradição encontra previsão expressa em nosso ordenamento jurídico interno no artigo 91, inciso I, da Lei n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”), nestes termos: “Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980* (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

concreção do seu alcance, o súdito estrangeiro contra a instauração de perseguições penais eventualmente arbitrárias.⁴²⁵

Entretanto, apesar de seu caráter universal, os tratados e convenções sobre extradição admitem exceções à necessária incidência da regra da especialidade.⁴²⁶ Assim, o Estado requerente geralmente não permanecerá adstrito à observância da referida regra: a) quando o Estado requerido nisso consentir; ou b) quando a pessoa extraditada, depois de definitivamente colocada em liberdade no Estado requerente, tiver a oportunidade de abandonar o território do referido Estado e, voluntariamente, não o fizer dentro de um prazo determinado⁴²⁷ a contar da data de sua efetiva libertação, ou ainda, quando o extraditado regressar, voluntariamente, ao território do Estado requerente depois que já o tiver deixado. Neste caso, considera-se que o extraditado estará tacitamente manifestando a sua vontade em submeter-se à soberania do Estado requerente e, diante dessa manifestação de vontade, o Estado requerente estará livre para processar e julgar o extraditado, por todos os delitos não especificados no pedido de extradição.⁴²⁸ Diz-se que nestes casos ocorre a “purga” da extradição.⁴²⁹

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 571, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 07 de junho de 1995, D.J. de 4 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext-extensão&processo=571&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 05/09/2007.

⁴²⁶ Cf. a Convenção Européia sobre Extradição (art. 14, parágrafo 1.º); a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 13, parágrafo 1.º); o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 14, parágrafo 1.º) e o Tratado Tipo de Extradição (art. 14, parágrafo 1.º). Dentre os tratados bilaterais podemos citar o Tratado de Extradição entre Brasil e Espanha; o Tratado de Extradição entre Portugal e o Brasil (art. 6º, parágrafo 2.º); o Tratado de Extradição entre a Argentina e o Brasil (art. 14); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a França (art. 12); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Itália (art. 7.º); o Tratado de Extradição entre Portugal e o México (art. 9.º); o Tratado de Extradição entre Portugal e Austrália; o Tratado de Extradição entre Brasil e México (art. 9.º); o Tratado de Extradição entre a Bolívia e o Brasil (art. 11); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Coréia (art. 6º, parágrafo 1.º).

⁴²⁷ A Convenção Européia sobre Extradição e o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul estipularam um prazo de 45 dias corridos, após a liberação definitiva do extraditado (art. 14, parágrafo 1.º, alínea “b” e art. 14, parágrafo 1.º, “a”, respectivamente); por sua vez, o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Espanha estabeleceu um prazo de apenas 30 (trinta) dias; já o Tratado de Extradição entre o Brasil e a França estabeleceu um prazo de 2 (dois) meses contados da liberação definitiva do extraditado (art. 12, parágrafo 1.º, “b”) e o Tratado Tipo de Extradição, adotado pela ONU, sugere um prazo entre 30-45 dias.

⁴²⁸ Alguns autores ainda entendem que o extraditado poderá renunciar *expressamente* aos efeitos do princípio da especialidade, desde que manifeste o seu consentimento diante de um magistrado ou órgão judicial independente. Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición: concepto y naturaleza jurídica de la extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 162. Em sentido contrário, Celso de Albuquerque Mello afirma que não se deve aceitar o consentimento do extraditado sob jurisdição estrangeira. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional*

Como corolário do princípio da especialidade, também não se permite que a pessoa entregue ao Estado requerente seja reextraditada a um terceiro Estado. Os instrumentos internacionais e as legislações internas dos Estados⁴³⁰, dentre as quais a nossa lei interna⁴³¹, não permitem a reextradição, salvo quando obtido o prévio consentimento do Estado que tiver concedido a extradição, ou quando a pessoa extraditada, depois de definitivamente colocada em liberdade, tiver a possibilidade de deixar o território do Estado ao qual tenha sido entregue, e voluntariamente não o fizer dentro de um prazo determinado, ou se, ao abandonar

público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.023. Afora as elucubrações doutrinárias observa-se que a possibilidade de renúncia expressa do extraditado aos efeitos do princípio da especialidade encontra-se expressamente prevista em alguns instrumentos internacionais, como o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Espanha (art. 5.º, parágrafo 1.º, “b”); o Tratado de Extradição entre o Brasil e a Argentina (art. 14); o Tratado de Extradição entre o Brasil e o México (art. 9.º); e a Convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros da União Européia (art. 10, parágrafo 1.º, “d”). Esta última afirma que: “1. Em relação a fatos cometidos antes da sua entrega diferentes dos que motivaram o pedido de extradição, a pessoa extraditada pode, sem que seja necessário o consentimento do Estado membro requerido: [...] d) Ser processada, julgada, detida com vista à execução de uma pena ou de uma medida de segurança ou sujeita a qualquer outra restrição da sua liberdade individual, se, após a sua entrega, essa mesma pessoa renunciar expressamente ao benefício da regra da especialidade por fatos específicos anteriores à sua entrega. 2. A renúncia da pessoa extraditada a que se refere a alínea d) do n. 1 será feita perante as autoridades judiciárias competentes do Estado requerente e consignada num auto nos termos do direito interno desse Estado. 3. Cada Estado membro adotará as medidas necessárias para que a renúncia a que se refere a alínea d) do n. 1 seja recebida em condições que demonstrem que a pessoa a exprimiu voluntariamente e em plena consciência das conseqüências do seu ato. Para o efeito, a pessoa extraditada tem o direito de ser assistida por um defensor [...]”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros da União Européia*, adotada em Dublin, em 27 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-40-1998.html>. Acesso em: 21/01/2007. Observe-se que a Lei n. 24.767 da Argentina, também adota critério semelhante em seu artigo 18, com a única diferença de que a renúncia poderá ser realizada frente a uma autoridade diplomática ou consular argentina. Cf. ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal* (Ley 24.767, sancionada: Diciembre 18 de 1996). Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007.

⁴²⁹ Cf. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extraditacional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 207. Todavia, a referida “purga” da extradição só ocorrerá nos casos em que o extraditado estiver, efetivamente, em reais condições de deixar o território do Estado requerente e assim não o fizer no prazo assinalado. Assim, por exemplo, se o extraditado não dispuser de recursos financeiros suficientes para deslocar-se e instalar-se em outro país, ou se não conseguir autorização para entrar em outro país, a regra da especialidade deverá ser fielmente cumprida pelo Estado requerente, uma vez que, em tais situações, o extraditado não terá, obviamente, oportunidade “efetiva” de saída do Estado requerente. Portanto, não bastará que o Estado requerente apenas se abstenha de criar obstáculos à partida do extraditado; é preciso que este disponha de reais condições pessoais, jurídicas e materiais para tanto, e por vezes, ainda exige-se que o extraditado tenha sido expressamente advertido das conseqüências de sua permanência ou de seu retorno ao Estado requerente (neste sentido conferir o artigo 11 do Tratado de Extradição entre a Bolívia e o Brasil, e o artigo 14, § único, do Tratado de Extradição entre Argentina e Brasil). E o retorno, acaso realizado, apenas ensejará a purga da extradição se tiver sido espontâneo, não podendo ser assim considerado se o indivíduo tiver sido, por exemplo, seqüestrado por agentes do Estado requerente, ou, de outra maneira, compelido a retornar. Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición: concepto y naturaleza jurídica de la extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 162-163.

⁴³⁰ Cf. o artigo 18 da *Ley n. 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal*, da Argentina, e o art. 34 da Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, de Portugal.

⁴³¹ Cf. o art. 91, alínea IV da Lei n. 6.815/80 (“Estatuto do Estrangeiro”).

o território do referido Estado, a ele regressar por livre e espontânea vontade. Tratam-se, portanto, das mesmas hipóteses em que ocorrerá a “purga” da extradição.

A proibição da reextradição igualmente visa coibir demandas extradicionais formuladas com má-fé, como naqueles casos em que determinado Estado solicita a extradição de uma pessoa visando atender ao interesse exclusivo de um terceiro Estado, a beneficiar-se com a remessa ulterior da pessoa, cuja entrega direta porventura não se concretizaria em virtude da necessária incidência de alguma causa impeditiva da extradição.

Convém ainda ressaltar que o princípio da especialidade se manifesta não apenas nos instrumentos normativos sobre extradição, mas também projeta o seu alcance sobre outras formas de cooperação penal internacional. Assim, no que diz respeito ao **auxílio mútuo** em matéria penal, os tratados e convenções internacionais sobre a matéria, geralmente estabelecem que os elementos de prova ou informações fornecidas pelo Estado requerido – em resposta a um pedido de auxílio mútuo – só poderão ser utilizadas, pelo Estado requerente, no âmbito das investigações, processos ou procedimentos penais expressamente especificados no pedido, para o caso concreto em virtude do qual a cooperação tenha sido solicitada, salvo consentimento prévio do Estado requerido.

Trata-se do princípio da “especialidade no uso das informações ou provas obtidas” por intermédio do auxílio mútuo em matéria penal; um novo limite imposto à cooperação penal internacional, derivado do tradicional princípio da especialidade na extradição, e que já se encontra expressamente consagrado por diversos instrumentos normativos sobre a matéria⁴³², bem como devidamente reconhecido pela doutrina⁴³³.

⁴³² Dentre os instrumentos multilaterais que contemplam a referida norma podemos citar: a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 18, parágrafo 19), a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (art. 7.º, parágrafo 13), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 46, parágrafo 19); a Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo (art. 12, parágrafo 3.º) a Convenção Interamericana contra a Corrupção (art. 16, parágrafo 2.º); a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 25), o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 12, parágrafo 1.º), a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 32); a Convenção do Conselho da Europa sobre Cibercrime (art. 28, parágrafo 2.º,

Através da referida regra, limita-se o uso das informações e elementos probatórios fornecidos em atendimento a um pedido de auxílio mútuo, não podendo o Estado requerente utilizar qualquer informação ou elemento de prova que lhe tenha sido fornecido pelo Estado requerido, para fins diversos daqueles expressamente declarados no pedido de auxílio mútuo, salvo se obtido o prévio consentimento do Estado requerido.

Entretanto, convém assinalar que alguns instrumentos internacionais têm admitido exceções à necessária observância da referida regra. Neste sentido, algumas convenções internacionais expressamente permitem que as informações ou provas fornecidas ao Estado requerente possam ser utilizadas em outros processos ou procedimentos penais, sem o prévio consentimento do Estado requerido, nos casos em que os elementos fornecidos constituam prova da inocência de um acusado.⁴³⁴ Em tais situações, a não observância da regra da especialidade seria legitimamente justificável uma vez que atenderia a um objetivo maior: o de inocentar uma pessoa injustamente acusada.

“b”); o Segundo Protocolo Adicional da Convenção Européia sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (art. 26, parágrafo 1.º); e a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Européia (art. 23). Dentre os instrumentos bilaterais que contemplam a referida regra da especialidade, podemos citar: o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e Canadá (art. 13, parágrafo 2.º); o Tratado de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e o México (art. 12, parágrafo 3.º); o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal (art. 12, parágrafo 3.º); o Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Brasil e a Colômbia (art. 8.º, parágrafo 4.º); o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Uruguai e o Brasil (art. 11, parágrafo 1.º); Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos (art. 7.º, parágrafo 1.º); o Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e a China (art. 8.º, parágrafo 2.º); e o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Brasil e o Peru (art. 4.º, parágrafo 1.º). Dentre as leis internas dos Estados, podemos citar a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, de Portugal (art. 148), a *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale*, da Suíça (art. 67) e a Lei n. 17.060 de 23 de dezembro de 1998, do Uruguai, que prevê, em seu art. 36, que as informações protegidas pelo sigilo bancário, porventura afastado em virtude de um processo penal, não poderão ser utilizadas para nenhum outro fim.

⁴³³ Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 151.

⁴³⁴ Registre-se que referida orientação é adotada de forma expressa pela Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, nestes termos: “Artigo 18 [...] 19. O Estado Parte requerente não comunicará nem utilizará as informações ou os elementos de prova fornecidos pelo Estado Parte requerido para efeitos de investigações, processos ou procedimentos judiciais diferentes dos mencionados no pedido, sem o consentimento prévio do Estado Parte requerido. O disposto neste número não impedirá o Estado Parte requerente de revelar, durante o processo, informações ou elementos de prova que ilibem um arguido”. [...]”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, adotada em 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.gdpc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>. Acesso em: 23/02/2007. O mesmo critério também foi expressamente adotado pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Art. 46, parágrafo 19).

Por sua vez, outra expressiva mitigação do princípio da especialidade encontra-se prevista na Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia, que, em seu artigo 23, estabelece que:

1. Os dados pessoais transmitidos ao abrigo da presente Convenção podem ser utilizados pelo Estado membro a que foram transmitidos para:
 - a) Efeitos de procedimentos a que se aplique a presente Convenção;
 - b) Outros procedimentos judiciais e administrativos diretamente relacionados com os procedimentos referidos na alínea a);
 - c) Prevenção de ameaças imediatas e graves à segurança pública;
 - d) Outros fins, apenas com acordo prévio do Estado membro que transmite os dados, salvo se o Estado membro interessado tiver obtido o consentimento da pessoa em causa”. [...].⁴³⁵

2.10.12. *Cláusula de confidencialidade*⁴³⁶

Os instrumentos normativos mais recentes, que tratam do auxílio mútuo em matéria penal, geralmente estabelecem outra importante limitação à utilização das informações ou elementos de prova fornecidos em virtude de um pedido de cooperação penal internacional: ao atender a um pedido de auxílio mútuo referente à transmissão de elementos probatórios ou informações, o Estado requerido poderá exigir, do Estado requerente, como condição necessária para a prestação do auxílio solicitado, a assunção do compromisso de que tais informações ou elementos de prova (incluindo documentos, papéis, objetos, dados informáticos, etc.), uma vez fornecidos ao Estado requerente, sejam por ele mantidos sob

⁴³⁵ UNIÃO EUROPÉIA. *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia*, adotada em 29 de maio de 2000. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html. Acesso em: 21/11/2006.

⁴³⁶ “A definição clássica de confidencialidade é a garantia do resguardo das informações dadas pessoalmente em confiança e a proteção contra a sua revelação não autorizada. Esta é a que consta no Glossário de Bioética do Instituto Kennedy de Ética. Atualmente, confidencialidade é considerada como sendo o dever de resguardar todas as informações que dizem respeito a uma pessoa, isto é, a sua privacidade. A confidencialidade é o dever que inclui a preservação das informações privadas e íntimas”. Cf. GOLDIM, José Roberto. *Confidencialidade*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/confiden.htm>. Acesso em: 28/08/2007.

sigilo, isto é, em caráter confidencial, não sendo divulgados pelo Estado requerente, senão em conformidade com os termos e condições a serem especificados pelo Estado requerido.⁴³⁷

Ao Estado requerido é permitido, então, impor restrições à livre divulgação, pelo Estado requerente, dos elementos de prova e informações a serem transmitidas em resposta a um pedido de auxílio mútuo. O Estado requerente deverá, portanto, assumir o compromisso de restringir a publicidade dos seus atos processuais que envolvam a exposição dos elementos de prova ou informações a serem fornecidas pelo Estado requerido, limitando, assim, o alcance da divulgação de tais elementos nos termos das condições especificadas pelo Estado requerido. Caso o Estado requerente aceite receber as informações ou provas sujeitas às restrições impostas pelo Estado requerido, deverá respeitar tais restrições. Se o Estado requerente não puder satisfazer as exigências, informará ao Estado requerido, que poderá, então, legitimamente, recusar-se a prestar as informações ou elementos de prova solicitados pelo Estado requerente.

A possibilidade de condicionar a prestação do auxílio mútuo à observância, pelo Estado requerente, de restrições no que diz respeito à divulgação das informações ou elementos de prova, objeto do pedido de auxílio mútuo, reveste-se de fundamental importância para fins de proteção dos dados de caráter pessoal relativos às pessoas concernidas ou mesmo de terceiros, sobretudo em se tratando de pedidos de auxílio mútuo

⁴³⁷ Dentre os instrumentos normativos multilaterais que prevêem semelhante norma podemos citar a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 18, parágrafo 5.º); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 46, parágrafo 5.º); a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 33, parágrafo 2.º); a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime (art. 28, parágrafo 2.º, alínea “a”); o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 12, parágrafo 2.º); e a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 25). Dentre os tratados bilaterais que também contemplam a referida norma, podemos citar o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Brasil e o Peru (art. 9.º, parágrafo 3.º); o Tratado de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e o México (art. 12, parágrafo 2.º); o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal (art. 12, parágrafo 2.º); Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Brasil e a Colômbia (art. 8.º, parágrafo 3.º); o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e Canadá (art. 13, parágrafo 1.º); o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos (art. 7.º, parágrafo 2.º); o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Brasil e o Uruguai (art. 11, parágrafo 2.º); o Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Portugal e China (art. 8.º, parágrafo 1.º); e a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre Portugal e Marrocos (art. 12, parágrafo 2.º).

que envolvam a coleta e transmissão de dados de caráter particularmente “sensível”, como, por exemplo, dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como os dados que constem de registros médicos relativos à saúde e à vida sexual das pessoas.⁴³⁸

Note-se, portanto, que a referida cláusula de limitação à divulgação das informações ou provas obtidas por intermédio do auxílio mútuo em matéria penal, constitui, em última análise, salvaguarda de especial relevo, aplicável para fins de proteção dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, especialmente no que diz respeito à proteção do sigilo dos dados de caráter pessoal.

⁴³⁸ Observe-se que os referidos dados são considerados particularmente “sensíveis” pela Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, que os contempla, em seu art. 6.º, em uma lista não exaustiva de “categorias especiais de dados”, merecedores de proteção especial, e que “só poderão ser objeto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Strasbourg, 28.I.1981. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>. Acesso em: 23/03/2007.

3 A CONVENÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA SOBRE O CIBERCRIME (2001)

3.1 Considerações iniciais

O Conselho da Europa⁴³⁹, organização intergovernamental que apresenta larga experiência e tradição na celebração de instrumentos multilaterais sobre cooperação internacional em matéria penal, é a pioneira na elaboração da primeira convenção internacional a tratar especificamente do tema da “criminalidade informática”.

⁴³⁹ O Conselho da Europa originou-se dos países que integravam o Tratado de Bruxelas, através de uma proposta de Bidault, Ministro do Exterior da França, no Conselho Consultivo da Organização do Tratado de Bruxelas, em 1948. No ano de 1949, a Conferência de Londres elaborou o seu Estatuto, que foi adotado pelo “Tratado de Londres”, assinado em 5 de maio de 1949 por dez Estados: a Bélgica, Dinamarca, Grã-Bretanha, Holanda, França, Luxemburgo, Irlanda, Itália, Suécia e Noruega. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 738. Atualmente, o Conselho da Europa conta com 47 Estados-membros, dentre os quais não apenas Estados europeus, mas também países como a Rússia, a Lituânia, a Eslovênia, o Azerbaijão, etc. e 5 (cinco) observadores externos: os Estados Unidos, México, Canadá, Japão e a Santa-Sé. Dentre os seus órgãos, o mais importante deles é o Comitê de Ministros, que é formado pelos Ministros das Relações Exteriores dos Estados-membros. Dentre as suas atribuições destaca-se a conclusão de convenções internacionais e a realização de recomendações sobre os assuntos que sejam objeto da organização. As finalidades do Conselho da Europa são as seguintes: “to protect human rights, pluralist democracy and the rule of law; to promote awareness and encourage the development of Europe’s cultural identity and diversity; to find common solutions to the challenges facing European society: such as discrimination against minorities, xenophobia, intolerance, bioethics and cloning, terrorism, trafficking in human beings, organised crime and corruption, **cybercrime**, violence against children; to consolidate democratic stability in Europe by backing political, legislative and constitutional reform” [grifo nosso]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *About the Council of Europe*. Disponível em: http://www.coe.int/T/E/Com/About_COE/. Acesso em: 10/07/2007. O Conselho da Europa têm desenvolvido um trabalho da maior relevância, não apenas na adoção de convenções internacionais sobre cooperação internacional em matéria penal, mas também na área de proteção aos direitos do homem, destacando-se pela adoção da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 4 de novembro de 1950, que é um dos mais relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, e também pela adoção de outros importantes instrumentos nessa mesma área, como a Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, adotada em 28 de janeiro de 1981, este último sendo considerado “o primeiro instrumento internacional com força vinculatória, na área específica da proteção dos dados pessoais”. Cf. AKDENIZ, Yaman. *An advocacy handbook for the non governmental organisations: the Council of Europe’s Cyber-Crime Convention 2001 and the additional protocol on the criminalisation of acts of a racist or xenophobic nature committed through computer systems*, December 2003. p. 3. Disponível em: http://www.cyber-rights.org/cybercrime/coe_handbook_crcel.pdf. Acesso em: 07/03/2007.

A Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime é o resultado de 4 (quatro) anos de trabalho do “Comitê de Peritos em Crimes no Ciberespaço (PC-CY)”, estabelecido pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 4 de fevereiro de 1997.⁴⁴⁰

Além dos Estados-membros do Conselho da Europa, também os Estados Unidos, Canadá, Japão e África do Sul contribuíram com o referido Comitê para a elaboração da Convenção sobre o Cibercrime, tendo sido convidados a participar do processo de sua elaboração na qualidade de “observadores externos”. O seu texto final, juntamente com o respectivo “Relatório Explicativo”⁴⁴¹, foram submetidos à aprovação e adoção pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em sua 109ª Sessão, a 8 de novembro de 2001, e a Convenção foi aberta à assinatura pelos Estados-membros do Conselho da Europa e os não-membros, mas que também participaram do seu processo de elaboração⁴⁴², na cidade de Budapeste, a 23 de novembro de 2001.

Até a data de 11 de setembro de 2007, a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime⁴⁴³ foi assinada por 39 Estados-membros, e mais os Estados Unidos, Canadá, África do Sul e Japão, que foram convidados a participar do processo de sua elaboração na

⁴⁴⁰ Cf. item 12 do Relatório Explicativo da Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime. In: COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime. Explanatory Report*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>. Acesso em: 22/09/2006.

⁴⁴¹ Desde 1965, conforme prática instituída pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, para cada nova convenção adotada pelo Conselho da Europa, adota-se também um “Relatório Explicativo”, elaborado pelo Comitê de Peritos redatores da convenção, que detalha as soluções e os critérios adotados pelo texto da respectiva convenção, interpretando o significado das suas várias disposições. Convém mencionar que o Relatório Explicativo não constitui um instrumento *vinculatório* para os Estados Partes, sendo apenas um instrumento de orientação para a aplicação das normas da respectiva convenção pelos Estados Partes. Neste sentido, conferir o documento “*About Conventions and Agreements in the Council of Europe Treaty Series (CETS)*”. Disponível em: <http://conventions.coe.int/general/v3IntroConvENG.asp>. Acesso em: 08/04/2007; e também a p. 1. do próprio texto do Relatório Explicativo da Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime, ao afirmar que “*The text of this explanatory report does not constitute an instrument providing an authoritative interpretation of the Convention, although it might be of such a nature as to facilitate the application of the provisions contained therein*”. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>. Acesso em: 08/04/2007.

⁴⁴² “Article 36 [Signature and entry into force] 1. This Convention shall be open for signature by the member States of the Council of Europe and by **non-member States** which have participated in its elaboration. [...]” [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁴⁴³ Com o objetivo de simplificar a constante referência à *Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime*, optamos por utilizar no decorrer da presente dissertação apenas a expressão “Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime”, ou apenas “Convenção de Budapeste”.

qualidade de “observadores externos”. Dentre os Estados-membros, 20 (vinte) deles já realizaram a sua ratificação (Albânia, Armênia, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Croácia, Chipre, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Hungria, Islândia, Letônia, Lituânia, Holanda, Noruega, Romênia, Eslovênia, a antiga República Iugoslava da Macedônia e Ucrânia), e dentre os não-membros, apenas os Estados Unidos.⁴⁴⁴

Assim, a Convenção já se encontra em vigor, uma vez que o requisito exigido para esse efeito, o de ser ratificada por, pelo menos, cinco Estados, três dos quais Estados-membros do Conselho da Europa, foi cumprido em 18 de março de 2004, quando da ratificação por parte da Lituânia, juntando-se assim à Croácia, Albânia, Estônia e Hungria. Em seguida às primeiras cinco ratificações, a Convenção de Budapeste entrou em vigor em 1.º de julho de 2004.⁴⁴⁵

3.2 Quadro geral

A Convenção de Budapeste compõe-se de quatro Capítulos: (I) “Utilização da terminologia”; (II) “Medidas a empreender em nível nacional” (que compreende

⁴⁴⁴ Vale ressaltar que a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime encontra-se aberta à adesão por outros Estados não-membros do Conselho da Europa e que não tenham participado do seu processo de elaboração, como prevê expressamente o art. 37 do referido instrumento, *in verbis*: “Article 37 [Accession to the Convention] 1 After the entry into force of this Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe, after consulting with and obtaining the unanimous consent of the Contracting States to the Convention, may invite any State which is not a member of the Council and which has not participated in its elaboration to accede to this Convention. [...]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006. Apesar das gestões levadas a cabo pelo Centro de Cooperação Jurídica Internacional (CCJI) do Ministério Público Federal, junto ao Poder Executivo brasileiro (Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores) para que o Brasil venha a aderir à Convenção sobre o Cibercrime, o governo brasileiro ainda não manifestou interesse no que diz respeito a esta questão. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Centro de Cooperação Jurídica Internacional (CCJI). *Cibercrime: CCJI sugere adesão do Brasil à Convenção de Budapeste no combate ao cibercrime*. Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/institucional/informes/cibercrime-ccji-sugere-adesao-do-brasil-a-convencao-de-budapeste>. Acesso em: 03/09/2007.

⁴⁴⁵ “Artigo 36 [Signature and entry into force] [...] 3. This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which five States, including at least three member States of the Council of Europe, have expressed their consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of paragraphs 1 and 2”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

disposições de direito substantivo e de direito processual); (III) “Cooperação internacional”; (IV) “Disposições finais”.

O Capítulo I é constituído apenas de um único artigo (“artigo 1.º – Definições”)⁴⁴⁶, que traz o significado de alguns termos utilizados no texto da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, naturalmente para evitar indesejáveis dúvidas no que refere à interpretação de suas normas.

O Capítulo II subdivide-se em três Seções. A Seção 1 compreende uma lista não exaustiva de condutas a serem tipificadas pelos Estados Partes em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos⁴⁴⁷: primeiro, o Título 1 define as “infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e sistemas informáticos”, previstas no artigo 2.º (“Acesso ilegal”), no artigo 3.º (“Interceptação ilegal”), no artigo 4.º (“Interferência em dados”), no artigo 5.º (“Interferência em sistemas”) e no artigo 6.º (“Uso abusivo de dispositivos”); em seguida, o Título 2 define as “infrações associadas à informática”, previstas no artigo 7.º (“Falsificação informática”) e no artigo 8.º (“Estelionato informático”); o Título 3, por sua vez, define as “infrações associadas ao conteúdo”, todas previstas no artigo 9.º (que trata de várias “infrações relacionadas à pornografia infantil”); o Título 4 define as “infrações relacionadas com violações de direito autoral e direitos conexos”

⁴⁴⁶ Este artigo será detidamente analisado no título seguinte da presente dissertação.

⁴⁴⁷ Note-se que não foram definidas pela Convenção de Budapeste outras condutas também comumente relacionadas com a moderna problemática da criminalidade informática, como por exemplo, a utilização de sistemas informáticos e redes de computadores para a propagação de materiais com conteúdo racista ou xenofóbico, ou para expressar a negação, aprovação ou justificação de práticas genocidas ou de crimes contra a humanidade, bem como as ameaças ou insultos de natureza racista ou xenofóbica realizadas através de sistemas informáticos e redes de computadores. De fato, estas condutas não foram contempladas no texto da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, principalmente devido à oposição dos Estados Unidos da América, por considerarem que a obrigação de tipificar as referidas condutas em seu ordenamento jurídico interno poderia ser incompatível com a Primeira Emenda da Constituição Americana, que garante a liberdade de expressão. De forma que, as referidas condutas foram relacionadas em um Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime, “relativo à criminalização de atos de natureza racista e xenofóbica, cometidos através de sistemas informáticos”, adotado em janeiro de 2003, e que já encontra-se em vigor desde 1.º de março de 2006, tendo sido até então assinado por 30 (trinta) Estados-membros e ratificado por sete desses Estados. Cf. VENÂNCIO, Pedro Dias. *Investigação e meios de prova na criminalidade informática*. Dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/meiosprovacriminalidadeinformatica.pdf>. Acesso em: 02/04/2007.

(artigo 10); e, por fim, o artigo 11, que contempla os atos de “tentativa, ajuda ou favorecimento” à prática de alguma das condutas anteriormente previstas.⁴⁴⁸ A Seção 1 ainda prevê dispositivos relacionados à responsabilidade de pessoa jurídica pela prática, por pessoa física agindo em seu benefício, de qualquer das infrações previstas na Convenção de Budapeste (artigo 12)⁴⁴⁹; e o artigo 13 insta os Estados Partes a definirem, em suas legislações internas, “sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, incluindo a privação de liberdade”, para punir os autores das condutas mencionadas. Por sua vez, a Seção 2 do Capítulo II contempla dispositivos de natureza processual a serem devidamente implementados pelos Estados Partes em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, especificamente destinados a conferir maior eficiência à persecução penal no contexto de investigações e procedimentos internos relativos não apenas às condutas expressamente definidas pela Convenção de Budapeste, mas também a outras condutas relacionadas com sistemas e dados informáticos⁴⁵⁰. Dessa forma, o Título 1, trata das “Disposições Comuns”, contemplando em seu artigo 14, o “âmbito das disposições processuais” (isto é, o âmbito de aplicação dos dispositivos dispostos na referida Seção); e o artigo 15 prevê determinadas “condições e salvaguardas” que também devem ser implementadas na legislação interna das

⁴⁴⁸ O elenco de infrações definidas pela Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime representa um consenso mínimo alcançado pelos Estados Partes, e que, em larga medida, teve por base as diretrizes traçadas pela Recomendação No. R(89)9 do Comitê de Ministros aos Estados-membros do Conselho da Europa, sobre a “criminalidade relacionada a computadores”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Committee of Ministers. Recommendation No. R(89)9 of the Committee of Ministers to Member States on computer-related crime, adopted by the Committee of Ministers on 13 September 1989 at the 428th meeting of the Ministers’ Deputies*. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1989_9.pdf. Acesso em: 07/01/2007.

Vale ressaltar que as denominadas “Recomendações” do Comitê de Ministros para os Estados-membros do Conselho da Europa, não tem qualquer caráter vinculatório.

⁴⁴⁹ Entretanto, o parágrafo 3.º do mesmo artigo deixa margem a que “*Subject to the legal principles of the Party, the liability of a legal person may be criminal, civil or administrative*”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapeste, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁴⁵⁰ A Convenção de Budapeste adota, neste sentido, algumas soluções e critérios que já haviam sido previamente expressos na Recomendação No. R 95(13), sobre os “problemas de direito processual penal relacionados à tecnologia da informação”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Committee of Ministers. Recommendation No. R(95)13 of the Committee of Ministers to Member States concerning problems of criminal procedural law connected with information technology, adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers’ Deputies*. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1995_13.pdf. Acesso em: 07/01/2007.

Partes, em prol da proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais. O Título 2 elenca as medidas relativas à “preservação expedita de dados informáticos armazenados” (artigo 16) e à “preservação expedita e divulgação parcial de dados de tráfego” (artigo 17). O Título 3 prevê a denominada “ordem de produção” (artigo 18). O Título 4 contempla a medida de “busca e apreensão de dados informáticos armazenados” (artigo 19). E o Título 5 prevê as medidas relativas à “coleta em tempo real de dados de tráfego” (artigo 20) e “interceptação de dados de conteúdo” (artigo 21). Por sua vez, a Seção 3 do Capítulo II compreende alguns dispositivos que instam cada Estado-membro a “estabelecer a sua jurisdição sobre qualquer infração definida em conformidade com os artigos 2 à 11 da presente Convenção”.⁴⁵¹

O Capítulo III contempla as normas que tratam da “cooperação internacional” (*Chapter III – International co-operation*) referente à extradição e ao auxílio mútuo em matéria penal. O referido Capítulo encontra-se subdividido em duas Seções. A Seção 1, denominada “princípios gerais” (*Section 1 – General principles*), encontra-se subdividida em quatro Títulos distintos: o Título 1, denominado “princípios gerais relativos à cooperação internacional” (*Title 1 – General principles relating to international co-operation*) conta com apenas um artigo (artigo 23), e aplica-se a todas as formas de cooperação penal internacional

⁴⁵¹ “Article 22 – Jurisdiction

1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish jurisdiction over any offence established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, when the offence is committed:

- a) in its territory; or
- b) on board a ship flying the flag of that Party; or
- c) on board an aircraft registered under the laws of that Party; or
- d) by one of its nationals, if the offence is punishable under criminal law where it was committed or if the offence is committed outside the territorial jurisdiction of any State.

2. Each Party may reserve the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules laid down in paragraphs 1.b through 1.d of this article or any part thereof.

3. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish jurisdiction over the offences referred to in Article 24, paragraph 1, of this Convention, in cases where an alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her to another Party, solely on the basis of his or her nationality, after a request for extradition.

4. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its domestic law.

5. When more than one Party claims jurisdiction over an alleged offence established in accordance with this Convention, the Parties involved shall, where appropriate, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*.

Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

previstas na Convenção; o Título 2, elenca os “princípios relativos à extradição” (*Title 2 – Principles relating to extradition*), aplicáveis, portanto, exclusivamente à extradição (Artigo 24); o Título 3 estabelece os “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo” (*Title 3 – General principles relating to mutual assistance*), dispostos em dois artigos (Artigos 25 e 26); e o Título 4 elenca os “procedimentos relativos a pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis” (*Title 4 – Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements*), dispostos nos dois artigos seguintes (Artigos 27 e 28). Estes dois últimos Títulos contemplam “normas gerais” aplicáveis, indistintamente, a todas as modalidades de auxílio mútuo previstas na Convenção, e o art. 26 trata especificamente do “intercâmbio espontâneo de informações”. A Seção 2, denominada “disposições específicas” (*Section 2 – Specific provisions*) prevê as formas ou “modalidades” de auxílio mútuo, definindo normas específicas aplicáveis a cada uma delas: o art. 29 cuida da “preservação expedita de dados informáticos armazenados”; o art. 30 trata da “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”; o art. 31 dispõe sobre a “busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação de dados informáticos armazenados”; o art. 32 disciplina o acesso direto *on-line* a dados armazenados em um outro Estado; o art. 33 trata da “coleta de dados de tráfego em tempo real”; o art. 34 dispõe sobre a “interceptação de dados de conteúdo”; e o artigo 35 dispõe sobre a prestação do auxílio mútuo no âmbito da denominada Rede 24/7 (*24/7 Network*).

Por fim, o Capítulo IV contém as denominadas “disposições finais” que compreendem as já tradicionais cláusulas finais constantes das demais Convenções adotadas no âmbito do Conselho da Europa.

Excederia os propósitos da presente dissertação uma análise pormenorizada do conteúdo de cada uma das cláusulas dispostas nos Capítulos supra mencionados, de forma que nos limitaremos apenas a analisar mais detidamente as normas constantes do Capítulo III

da Convenção de Budapeste, isto é, aquelas que tratam especificamente do tema da cooperação internacional em matéria penal, objeto de nosso estudo.

Entretanto, antes convém analisarmos também alguns conceitos constantes do artigo 1.º da Convenção sobre o Cibercrime, posto que os mesmos são frequentemente utilizados nas disposições do Capítulo III sobre cooperação internacional em matéria penal.

3.3 Utilização da terminologia

O Capítulo I da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime contempla apenas um único artigo (“artigo 1.º – Definições”), que traz o significado de algumas expressões utilizadas em seu texto, naturalmente para evitar indesejáveis dúvidas no tocante à interpretação de suas normas. Em seguida, trataremos de analisar o significado de cada uma dessas expressões e, eventualmente, ainda de outras que, apesar de não constarem do referido artigo 1.º da Convenção sobre o Cibercrime, são também utilizadas em seu texto.

3.3.1 “Dados informáticos” (“computer data”)

A Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, em seu artigo 1.º, alínea “b”, define dados informáticos como “qualquer representação de fatos, informações ou conceitos em uma forma adequada para processamento em um sistema informático, incluindo um programa”⁴⁵² apto a fazer um sistema informático executar uma função”⁴⁵³.

A palavra informação deriva do latim *informare*, que significa “dar forma”.⁴⁵⁴ Esta palavra designa “o conteúdo daquilo que permutamos com o mundo exterior ao ajustar-nos a ele, e que faz com que nosso ajustamento seja nele percebido. O processo de

⁴⁵² Note-se que os chamados *softwares* ou “programas de computador” também encontram-se incluídos no conceito geral de “dados informáticos”, de acordo com a definição adotada pela Convenção de Budapeste.

⁴⁵³ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Acesso em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 29/08/2006.

⁴⁵⁴ Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

receber e utilizar informações é o processo de nosso ajuste às contingências do meio ambiente e de nosso efetivo viver nesse ambiente”.⁴⁵⁵ Portanto, informação é “toda representação que um sujeito (*res cogitans*) faz de um objeto (*res cogitata*). [...] é qualquer representação da realidade inteligível para a mente humana”.⁴⁵⁶

Com a evolução tecnológica, desenvolveu-se, então, uma nova forma de representação das informações, capaz de ser processada pelos sistemas informáticos e baseada na representação dos dois “estados computacionais” (desligado e ligado) por dois algarismos distintos: 0 e 1. Zero representando a ausência de corrente elétrica e 1 (um) representando sua presença.⁴⁵⁷ A esta nova forma de representação das informações, suscetível de ser processada por sistemas informáticos, deu-se o nome de “dados informáticos”.⁴⁵⁸

Segundo Túlio Lima Vianna, “o sistema numérico decimal é demasiadamente complexo para representar os dois estados computacionais, razão pela qual foi adotado o sistema binário que mostrou-se bem mais adequado para a representação dos dados”. A solução encontrada foi relacionar, então, cada um dos caracteres que compõem as informações a um número binário determinado, criando-se uma tabela com todas as possibilidades de combinação entre esses dois algarismos. Dessa forma, qualquer informação

⁴⁵⁵ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. São Paulo: Cultrix. p. 17.

⁴⁵⁶ VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. São Paulo: Forense, 2003. p. 3 e 8.

⁴⁵⁷ A mesma lógica também é aplicada em relação aos disquetes (presença ou ausência de corrente eletromagnética) e aos CDs (reflexão ou não da luz emitida pelo laser). Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. São Paulo: Forense, 2003. p. 4 e 7.

⁴⁵⁸ Segundo Rita de Cássia Lopes da Silva, “pode-se considerar que o dado representa um elemento de entrada que aciona o sistema e permite a obtenção dos seus produtos finais que também são, reconhecidamente, informação. À coleção de dados ou informações obtidas dá-se o nome de banco de dados. Antonio Chaves esclarece que originariamente se usava o termo ‘base de dados’ para designar um conjunto de informações dispostas de uma forma sistemática e armazenadas em um sistema informático, referindo-se, estritamente, à base de dados eletrônica. Entretanto, em 1991, a Convenção de Berna concluiu que a noção do termo deveria abranger todas as compilações de informações independentemente da forma em que se apresentavam, sejam armazenadas em um computador ou de outras formas. Os bancos de dados podem conter informações das mais variadas segundo a sistematização dada por seu criador. Consideram-se arquivos de conteúdo científico, artísticos, relativos à vida privada de coletividades e de pessoas [...]”. Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

suscetível de ser expressa em textos, sons ou imagens pode ser representada por uma sequência de algarismos 0 (zero) e 1 (um).⁴⁵⁹

Dados informáticos são, portanto, informações representadas em uma forma apropriada para armazenamento, processamento e transmissão por sistemas informáticos. Além de armazenar dados, o sistema informático também é responsável por processá-los e transmiti-los a outros sistemas informáticos. O processamento de dados trata-se de um conjunto de procedimentos ou uma série de instruções ou comandos a serem executados pelo sistema⁴⁶⁰, estabelecidos previamente por um programa de computador (*software*).

Os *softwares*⁴⁶¹ ou programas de computador são também informações previamente convertidas em uma sequência de algarismos binários, para que o sistema informático seja capaz de interpretá-los. Dessa forma, os programas também são considerados informações representadas em forma apropriada para armazenamento e processamento pelos sistemas informáticos, tendo como característica especial o fato de serem instruções que, quando executadas, geram um processamento de outros dados informáticos. Programas de computador são, portanto, séries de instruções lógicas que podem ser executadas pelo sistema informático para se alcançar um resultado determinado.⁴⁶²

O Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime define programa de computador de forma idêntica: “um programa de computador é um

⁴⁵⁹ Cada um dos dígitos binários 0 e 1 é chamado de *bit*, abreviação de *binary digit*, e o conjunto de 8 (oito) *bits* denomina-se *byte*. Assim, cada caracter armazenado na memória de um sistema informático equivale a 1 (um) *byte*. Conclui-se, então, que os “dados informáticos” são informações armazenadas na forma de *bytes*. Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. São Paulo: Forense, 2003. p. 4-6.

⁴⁶⁰ O sistema informático, ao receber as instruções ou comandos pré-estabelecidos, os cumprirá, seguindo rigorosamente a sua ordem.

⁴⁶¹ Registre-se que os *softwares* representam a parte imaterial (lógica) dos sistemas informáticos, responsáveis pelas ordens de execução das atividades a serem desempenhadas pela “máquina”, ou *hardware*, que constitui a parte física dos sistemas informáticos. Os elementos “físicos” constitutivos dos sistemas informáticos são o disco rígido, processador, placa-mãe, memória RAM etc.

⁴⁶² Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. São Paulo: Forense, 2003. p. 7-8.

conjunto de instruções passíveis de serem executadas por um sistema informático para alcançar um resultado pretendido”.⁴⁶³

3.3.1.1 “Dados de tráfego” (“*traffic data*”)

Ainda na seara dos “dados informáticos”, a Convenção de Budapeste, na alínea “d” do artigo 1.º, adota o conceito de “dados de tráfego”, para se referir à determinada categoria de dados informáticos relativos a uma comunicação, *in verbis*:

‘Dados de tráfego’ significam quaisquer dados informáticos relativos a uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem, o destino, a rota, o horário, a data, o tamanho, a duração da comunicação, ou o tipo do serviço subjacente.⁴⁶⁴

Note-se que a referida definição apresenta uma listagem exaustiva de todos os tipos de “dados de tráfego” reconhecidos pela Convenção de Budapeste: a “origem” refere-se ao número de telefone de origem, o endereço IP (*Internet Protocol*)⁴⁶⁵ do sistema informático do usuário que transmite a comunicação ou uma identificação semelhante de um dispositivo de comunicações; o “destino” refere-se a uma indicação comparável a de origem, para a qual são transmitidas as comunicações; o termo “tipo de serviço subjacente” refere-se ao serviço *on-line* que esteja sendo utilizado pelo usuário, como, por exemplo, a transferência

⁴⁶³ Cf. item 23 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

⁴⁶⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁴⁶⁵ Quando estabelecemos uma conexão com a internet, o “provedor de serviços” (*internet service provider – ISP*) atribui ao nosso sistema informático um número (direção IP) que é exclusivo. Com base neste número é possível identificar o computador que se encontra conectado à *Internet*. Cada computador conectado possui um número próprio, sendo impossível que existam dois ou mais computadores com o mesmo número IP (*internet protocol*) conectados ao mesmo tempo à *Internet*. Em geral, cada vez que o usuário se conecta à rede, o ISP atribuirá ao seu computador um número IP que o identificará enquanto estiver conectado à *Internet*. Quando o usuário decide desconectar-se da rede, esse número IP desaparece. Quando volta a conectar-se à *Internet*, o ISP atribui um número distinto do anterior. Em outras palavras, a cada conexão à rede, um novo número IP é atribuído ao computador do usuário. Referimo-nos ao número ou direção IP dinâmica. Sem embargo, com o advento da tecnologia DSL (*Digital Subscriber Line*) e dos sistemas que possibilitam a conexão à rede, via *modem*, por cabo, aos computadores dos usuários atribui-se um número IP fixo, vale dizer, o computador do usuário estará sempre identificado pelo mesmo número, independentemente de desconectar-se da rede. Trata-se de um número exclusivo e definitivo enquanto dure o contrato de prestação de serviço com o ISP. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 224.

de arquivos, o correio eletrônico (*e-mail*), as salas de bate-papo (*chats*), os sistemas de mensagens instantâneas (*instant messenger*) etc; o “tamanho” da comunicação refere-se à quantidade de *bytes* transmitidos e recebidos pela comunicação; e a “rota” da comunicação representa toda a trajetória da comunicação até chegar ao seu destino final.

Depreende-se, então, que “dados de tráfego”, nos termos da Convenção de Budapeste, são aqueles dados relacionados a uma determinada comunicação realizada por meio de um sistema informático, com exceção dos dados relativos ao próprio “conteúdo” da comunicação; isto é, são aqueles dados gerados pelos sistemas informáticos durante o processo de comunicação de outros dados, constituindo apenas elementos auxiliares da comunicação.⁴⁶⁶

3.3.1.2 “Dados de conteúdo” (“*content data*”)

A referida expressão não encontra-se definida no texto da Convenção de Budapeste, mas em seu Relatório Explicativo, ao informar que os “dados de conteúdo” correspondem ao conteúdo informativo da comunicação, isto é, o significado ou o teor da comunicação, ou melhor, a mensagem ou a informação transmitida pela comunicação.⁴⁶⁷

Referem-se, portanto, a todos os elementos transmitidos como parte integrante da comunicação, mas que não constituem “dados de tráfego”, isto é, as idéias, os pensamentos, os desejos dos interlocutores, manifestados através das imagens, sons e textos que integram o conteúdo informativo de uma dada comunicação realizada através de sistemas informáticos.

Mas, entenda-se que o termo “dados de conteúdo”, também pode designar dados informáticos não necessariamente relacionados a uma determinada comunicação, como

⁴⁶⁶ Por isso, a coleta e divulgação deste tipo de dados pode ser considerada, em princípio, menos “invasiva” do que o mesmo procedimento em relação aos chamados “dados de conteúdo”, uma vez que aqueles, ao contrário destes, não são capazes de revelar o próprio conteúdo da comunicação.

⁴⁶⁷ Cf. os itens 209 e 229 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

por exemplo, arquivos de texto, fotos digitais ou arquivos de áudio armazenados na memória de um sistema informático.

3.3.1.3 “Dados relativos à subscrição de serviços” (“*subscriber information*”)

A expressão “informação relativa ao subscritor” encontra-se definida no artigo 18, parágrafo 3.º da Convenção de Budapeste.⁴⁶⁸ Em princípio, abrange toda e qualquer informação – exceto os dados de tráfego e de conteúdo – que se encontre na “posse” ou sob o “controle” de um “provedor de serviços”, relativamente aos subscritores de seus serviços.

As expressões “posse” ou “controle” referem-se tanto ao armazenamento das informações no sistema informático do “provedor de serviços”, bem como àquelas situações em que as informações não se encontram armazenadas no sistema informático do provedor de serviços, mas armazenadas à distância, desde que seja possível ao provedor exercer legitimamente o seu controle, como por exemplo, naqueles casos em que as informações se encontram armazenadas através de um serviço de armazenamento de dados *on-line*, passível de ser acessado à distância, pelo provedor de serviços.

Note-se que a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime refere-se apenas àquelas informações que estejam na posse legítima ou efetivamente sob o controle legítimo do provedor de serviços. Isto significa que, a simples capacidade técnica de um provedor de serviços para acessar remotamente dados armazenados à distância, em um outro sistema informático, mas que não se encontrem legitimamente em sua posse, não constitui

⁴⁶⁸ “Article 18. [...] 3. For the purpose of this article, the term ‘subscriber information’ means any information contained in the form of computer data or any other form that is held by a service provider, relating to subscribers of its services other than traffic or content data and by which can be established: a) the type of communication service used, the technical provisions taken thereto and the period of service; b) the subscriber’s identity, postal or geographic address, telephone and other access number, billing and payment information, available on the basis of the service agreement or arrangement; c) any other information on the site of the installation of communication equipment, available on the basis of the service agreement or arrangement”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Acesso em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 29/08/2006.

propriamente um “controle” sobre as informações relativas aos assinantes de serviços, nos termos a que se refere a Convenção de Budapeste.

O termo “assinante” engloba vários tipos de usuários dos serviços oferecidos pelos provedores, desde aqueles que pagam uma tarifa fixa pela prestação dos serviços, aos que pagam à medida que os utilizam, e mesmo aqueles que utilizam serviços gratuitos, ou as pessoas autorizadas a utilizar a conta do assinante titular.⁴⁶⁹

A “informação relativa ao assinante” abrange vários tipos de informação acerca da utilização de um serviço e do utilizador desse serviço. No que concerne à utilização do serviço, o termo engloba toda e qualquer informação, excetuando os dados de tráfego e de conteúdo, capaz de identificar o tipo de serviço de comunicação utilizado, as suas características técnicas e o período de subscrição do serviço. As referidas informações podem abranger, portanto, um número ou endereço técnico atribuído ao serviço contratado: número de telefone, endereço de uma página na *Internet* ou nome de domínio, endereço de correio eletrônico etc. Por outro lado, no que se refere à informação sobre o utilizador do serviço, o termo designa toda e qualquer informação, excetuando os dados de tráfego e de conteúdo, suscetível de determinar a identidade do utilizador, o seu endereço postal ou geográfico, bem como informação sobre faturas e pagamentos, informações geralmente constantes do contrato de prestação de serviços ou acordo equivalente⁴⁷⁰ firmado entre o assinante e o fornecedor dos serviços. Pode referir-se, ainda, a toda informação relativa ao local onde se encontra instalado o equipamento de comunicação.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Cf. item 177 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁴⁷⁰ A Convenção de Budapeste utiliza, nas alíneas “b” e “c” do parágrafo 3.º do art. 18, a expressão “acordo ou contrato de serviços”, que, nos termos do item 183 do Relatório Explicativo, “deverá ser interpretada em um sentido lato, abrangendo qualquer tipo de relação com base na qual um cliente utilize os serviços oferecidos pelo provedor”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime. Explanatory Report*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>. Acesso em: 22/09/2006.

⁴⁷¹ Esta última informação poderá ser relevante, em termos práticos, apenas nos casos em que não se trate de equipamento portátil, mas, mesmo assim, o conhecimento acerca da provável localização do equipamento (com base nas informações contidas nos contratos de prestação de serviços ou acordos equivalentes

Vale ressaltar que nem sempre o provedor de serviços deterá a posse ou o controle sobre as informações relativas aos usuários de seus serviços. Alguns provedores de serviços, por exemplo, normalmente não mantêm registros relativos aos utilizadores dos seus serviços, como por exemplo, os provedores de acesso gratuito à *Internet*. Nestes casos a prestação de referidas informações restará prejudicada, em sede de um pedido de auxílio mútuo, uma vez que a Convenção de Budapeste não estabelece a obrigatoriedade de o Estado Parte requerido impor, através da adoção de medidas ao abrigo de sua legislação nacional, aos provedores de serviços localizados em seu território, a obrigação de manter registros sobre os utilizadores de seus serviços. Observe-se que o parágrafo 1.º do art. 18 apenas estabelece o dever dos Estados Partes de

[...] adotar as medidas legislativas e outras que sejam necessárias para investir as suas autoridades competentes dos poderes necessários para ordenar [...] b) a um provedor de serviços, que ofereça os seus serviços no território da Parte, a prestação das informações, relativas aos subscritores de seus serviços, **que estejam em sua posse ou sob o seu controle**” [grifos nossos].⁴⁷²

Portanto, a referida norma não estabelece, pois, qualquer obrigação no sentido de impor aos provedores de serviços o necessário registro e manutenção de informações relativas aos usuários de seus serviços.⁴⁷³ Assim, um provedor de serviços não está obrigado, nos termos da Convenção de Budapeste, a registrar informação sobre a identidade dos utilizadores dos seus serviços, nem está obrigado a opor-se à utilização de pseudônimos por parte dos utilizadores dos seus serviços. Note-se que também não pode ser exigido, dos provedores de serviços, a garantia da exatidão das informações porventura prestadas.⁴⁷⁴

celebrados entre o subscritor dos serviços e a empresa prestadora dos serviços) poderão ser úteis no contexto de uma determinada investigação criminal.

⁴⁷² COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁴⁷³ Cf. itens 172 e 181 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁴⁷⁴ Cf. item 181 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

3.3.2 “Provedor de serviços” (“service provider”)

O termo “provedor de serviços” ou “prestador de serviços” engloba uma ampla categoria de pessoas jurídicas que desempenham uma função peculiar no que diz respeito à comunicação e ao tratamento de dados em sistemas informáticos e redes de computadores.

Segundo a alínea “c” do artigo 1.º da Convenção de Budapeste, encontram-se abrangidas por este termo as entidades, tanto públicas como privadas, que proporcionam aos usuários dos seus serviços a capacidade de comunicarem-se entre si. Por esta razão, é irrelevante o fato de saber se o provedor oferece os seus serviços, quer gratuitamente ou mediante o pagamento de uma quantia determinada.⁴⁷⁵ O termo “provedor de serviços” também se aplica àquelas entidades que procedem ao armazenamento ou, de outra forma, ao tratamento de dados em função do serviço de comunicação oferecido ou em benefício dos usuários dos seus serviços, como por exemplo, aqueles provedores que prestam os serviços de *hosting*⁴⁷⁶ ou de conexão a uma rede de comunicação (provedores de “acesso” ou de “conexão”).⁴⁷⁷

3.3.3 “Sistema informático” (“computer system”)

A Convenção de Budapeste define “sistema informático” na alínea “a” do seu artigo 1.º, nestes termos: “sistema informático significa qualquer dispositivo ou grupo de

⁴⁷⁵ Cf. item 26 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁴⁷⁶ O *hosting* é um contrato mediante o qual o prestador de serviços concede ao seu co-contratante, gratuitamente ou pelo pagamento de um preço determinado, o direito ao alojamento de dados informáticos em um servidor na *Internet*. Para Lorenzetti, o *hosting* assimila-se a uma locação, sendo que o provedor de serviços concede o uso e o gozo de uma “página” virtual. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw, e-commerce. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000. p. 447.

⁴⁷⁷ No entanto, um mero provedor de “conteúdos” na *Internet* não será abrangido por esta definição.

dispositivos interconectados ou relacionados, sendo que, um ou mais deles, realizam tratamento automático de dados, de acordo com as instruções de um programa”.⁴⁷⁸

“Sistema informático” pode ser considerado, então, um conjunto de dispositivos interconectados, que tem como objetivo armazenar, processar e transmitir dados automaticamente (ou seja, sem a intervenção direta de seres humanos). A intervenção humana apenas limita-se à criação das ordens ou instruções a serem seguidas e ao comando para que o sistema as executem. Após o comando, isto é, durante a execução da tarefa, não há mais qualquer necessidade de intervenção humana, daí o uso do termo “automático”.

Os sistemas informáticos compõem-se de uma série de dispositivos “físicos” interconectados (processador, memória, disco rígido etc.) conhecidos como *hardware*⁴⁷⁹, que são comandados por uma série de dispositivos “lógicos” (sistema operacional, programas utilitários etc.) conhecidos como *softwares* ou programas de computador.⁴⁸⁰

Portanto, “sistema informático”, nos termos a que se refere a Convenção de Budapeste, é considerado um conjunto de dispositivos de *hardware* e *software* desenvolvidos para o tratamento automático de dados, podendo incluir dispositivos de entrada, saída e armazenamento de dados⁴⁸¹ e podendo funcionar independentemente ou conectado em rede com outros dispositivos semelhantes.

⁴⁷⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁴⁷⁹ O *hardware* é composto por vários dispositivos, distinguindo-se o processador ou unidade central de processamento (CPU) e os periféricos. Um periférico é um aparelho que desempenha funções específicas em interação com a unidade central de processamento, como por exemplo, uma impressora, um monitor de vídeo, um leitor/gravador de CD (*compact disc*) ou outro dispositivo de armazenamento de dados, como por exemplo, um *pen-drive*, um *floppy disc*, um *hard disk* externo etc. Cf. COSTA, Marcelo Antonio Sampaio Lemos. *Computação forense*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003. p. 14.

⁴⁸⁰ Um programa de computador é um conjunto de instruções passíveis de serem executadas por um sistema informático, para obter um resultado pretendido. Os sistemas informáticos podem executar diferentes programas.

⁴⁸¹ Os dispositivos de entrada são aqueles que recebem os dados e as instruções do usuário e os dispositivos de saída são aqueles que retornam os dados processados ao usuário. São dispositivos de entrada o teclado, o *mouse*, o *scanner* etc. e são dispositivos de saída o monitor, a impressora etc. Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

3.3.4 Redes de comunicação (“communications networks”)

Apesar de o artigo 1.º da Convenção de Budapeste não estabelecer a definição de “redes de comunicação”, a referida expressão é por vezes utilizada em algumas partes do seu texto (como, por exemplo, no artigo 14, parágrafo 3.º, “b”, ii) ao se referir a “communications networks” ou simplesmente “networks”. É mister, portanto, explicitar o significado de tal expressão.

“Redes de comunicação” ou simplesmente “redes”, são sistemas formados pela interconexão de dois ou mais sistemas informáticos, e que podem ser classificadas, de acordo com a sua respectiva área de abrangência, em redes de área local (*LAN – local area network*), quando sua abrangência encontra-se limitada a espaços físicos geograficamente determinados, tais como um *campus* universitário ou uma grande empresa; e redes de área ampliada (*WAN – wide area network*), que são redes de larga abrangência, utilizadas para interconectar redes locais em nível mundial.⁴⁸²

Atualmente, a principal rede de comunicações existente no mundo é a *Internet*, que é uma rede global que consiste na interconexão de inúmeras redes que utilizam os mesmos protocolos de comunicação.⁴⁸³

3.3.4.1 A Internet

A *Internet* é, portanto, um conjunto de várias redes interconectadas em todo o mundo para o intercâmbio de dados, graças à adoção de um padrão comum de troca de dados: os denominados protocolos de comunicação TCP e IP. Eles permitem que sistemas

⁴⁸² Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 49.

⁴⁸³ Um protocolo de comunicação é um conjunto de regras que regula a transmissão de dados entre sistemas informáticos. Os protocolos representam o “idioma” comum dos sistemas informáticos que integram a *Internet*, definindo como “as informações podem ser transmitidas entre diferentes computadores e como qualquer ‘máquina’ da rede pode ser identificada por um único endereço”. Cf. LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*. Trad. Dalton Conde de Alencar. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 169.

informáticos situados em qualquer lugar do mundo e equipados com qualquer sistema operacional (como *DOS*, *Windows*, *Linux* etc.) viabilizem o acesso dos usuários aos vários serviços oferecidos no âmbito da *Internet*, tais como o *e-mail* (correio eletrônico), a *World Wide Web*, as salas de “bate-papo” (*chats*) etc. Segundo o professor Roberto Chacon de Albuquerque,

O Protocolo de Controle de Transmissão (TCP) tem como principal tarefa possibilitar a transferência de dados. [...] O TCP decompõe dados em segmentos separados e os numera. O Protocolo Internet (IP) define um protocolo de comunicação entre diferentes redes locais de computadores. O IP é responsável pela preparação e fiscalização do roteamento⁴⁸⁴ para os segmentos colocados à disposição pelo TCP.⁴⁸⁵

Os dados transmitidos via *Internet* são registrados tanto no sistema informático de origem, como nos sistemas responsáveis pela transmissão da comunicação, e também no sistema de destino.⁴⁸⁶

Em síntese, a *Internet* é uma rede mundial de computadores, descentralizada e de acesso público, que possibilita o acesso e intercâmbio de informações, bem como a utilização de serviços variados em nível mundial, graças à adoção de protocolos comuns.

3.3.4.2 Histórico da Internet⁴⁸⁷

Quando, em 1957, a antiga União Soviética colocou em órbita o primeiro satélite espacial do mundo, o presidente norte-americano Dwight Eisenhower tratou de

⁴⁸⁴ “Roteamento: [...] 2. Inform. Determinação da rota (ou direção imediata) de um bloco de informações enviado numa rede de computadores em que há comutação de pacotes (q. v.)”. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM. O roteamento é feito por meio de um roteador, que é um componente de rede que viabiliza a conexão entre duas ou mais redes, sendo encarregado pela escolha da rota ou do caminho pelo qual os dados serão transmitidos através das redes.

⁴⁸⁵ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 17.

⁴⁸⁶ Essa característica pode, portanto, auxiliar a investigação de condutas delituosas praticadas através da *Internet*. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 17.

⁴⁸⁷ Informações colhidas em ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 25-29; ROSA, Fabrício. *Crimes de informática*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 31-33; ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 15-16; SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 22-24.

prontamente anunciar a criação de uma agência federal norte-americana, nos moldes da NASA, chamada *Advanced Research Projects Agency (Arpa)*, com a missão de pesquisar e desenvolver alta tecnologia para as Forças Armadas norte-americanas.⁴⁸⁸ Em meados da década de 1960 a *Rand Corporation* publicou um relatório sobre a segurança das redes de comunicação e sua vulnerabilidade em caso de um conflito nuclear. Dentre os pontos fracos apontados pelo relatório estavam a centralização excessiva de algumas redes e a forte dependência de centros de coordenação. Não havia nenhuma liberdade operacional em caso de uma interrupção de comunicação com os centros de controle.⁴⁸⁹

Responsável pela coordenação de atividades de pesquisa militares, a *Arpa* começou a desenvolver um projeto, incorporando as recomendações da *Rand Corporation*, com vistas à criação de uma rede de comunicação para os sistemas informáticos dos principais centros militares norte-americanos.⁴⁹⁰ A intenção era a de desenvolver uma rede descentralizada, com uma estrutura não hierárquica, que tivesse a capacidade de resistir mesmo a uma guerra nuclear com destruição parcial da rede e de manter a comunicação entre o restante dos sistemas funcionando.

Em 1969, a rede de comunicações militares que terminou sendo criada com esse projeto, foi denominada *Arpanet* (rede da agência de projetos avançados de pesquisa). O seu caráter descentralizado continua presente até hoje, na *Internet*.

Em 1972, durante a primeira Conferência Internacional sobre Comunicações Computacionais, em Washington, foi efetuada a primeira demonstração pública da *Arpanet*,

⁴⁸⁸ Cf. ROSA, Fabrício. Crimes de informática. Campinas: Bookseller, 2006. p. 31.

⁴⁸⁹ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 15.

⁴⁹⁰ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 16.

com sucesso. Já no fim desse mesmo ano, Ray Tomlinson inventou o correio eletrônico (*e-mail*)⁴⁹¹, até hoje a aplicação mais utilizada na *Internet*.⁴⁹²

Em 1973 foram estabelecidas as primeiras conexões internacionais, interligando-se aos Estados Unidos, o Reino Unido e a Noruega. Em 1976 foram incorporadas conexões de rádio e satélite e em 1979 foi criada a *Usenet*, que era uma rede descentralizada de grupos de notícias.⁴⁹³

Em 1982, devido ao rápido crescimento da *Arpanet*, foi estabelecido o padrão de troca de dados chamado TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), até hoje utilizado na rede, tornando-se obrigatório em 1983 e, somente nesse momento, pôde-se conceituar propriamente a *Internet*, como um conjunto de redes interligadas. Sempre dentro da mesma lógica que deu origem à *Arpanet*, o novo padrão TCP/IP foi concebido como um conjunto de protocolos inter-rede que conseguiria resistir até mesmo em caso de guerra nuclear.

Em 1984, devido à preocupação do Departamento de Defesa norte-americano com a segurança de seu sistema informático, a *Arpanet* foi subdividida em duas redes: uma com destinação militar, chamada de *Milnet* e a *Arpanet* propriamente dita, que passou a ter uma destinação exclusivamente acadêmica, mas ainda sob o controle do Departamento de Defesa norte-americano. Ainda não se podia pensar na utilização comercial dessa rede de computadores, pois a capacidade dos sistemas informáticos existentes ainda não era suficiente para tanto. Na mesma época foi criado o sistema de nomes e domínios, que

⁴⁹¹ O *e-mail* é um dos recursos mais populares da *Internet*, pois facilita enormemente o intercâmbio de dados, permitindo que se envie uma mensagem eletrônica, semelhante a um bilhete ou carta, a outro indivíduo ou a um grupo de indivíduos, com arquivos anexados contendo imagens, programas de computador, sons, textos etc. Da mesma maneira que uma carta passa por diferentes agências postais antes de atingir seu destino, os *e-mails* passam de um sistema informático a outro à medida que circulam pela *Internet*. Todo esse processo pode durar apenas alguns segundos, o que permite ao usuário comunicar-se com todo o mundo a qualquer hora. Ao chegar ao sistema informático de destino, os *e-mails* são armazenados em um *mailbox* (caixa postal eletrônica). Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 19-20.

⁴⁹² ROSA, Fabrício. *Crimes de informática*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 32.

⁴⁹³ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 26.

substituiu o sistema numérico, permitindo-se, dessa maneira, o acesso mais rápido a outros servidores, sem a necessária memorização de grandes códigos numéricos.⁴⁹⁴

Em 1985, surge a *National Science Foundation Network (NSFNET)* como o resultado da interligação dos sistemas informáticos da *National Science Foundation (NSF)*, e conecta-se, então, à *Arpanet*. A união desses dois *backbones*⁴⁹⁵ dá origem oficialmente à *Internet*.⁴⁹⁶ Neste mesmo ano, Dinamarca, Finlândia, Canadá, Islândia, França, Suécia e Noruega são interligados à rede. Por sua vez, em 1989, são interligados também a Austrália, Alemanha, Israel, Itália, Japão, México, Holanda, Nova Zelândia, e Porto Rico. Neste ano, o número de servidores chegou a cem mil, e ocorreu a primeira experiência de correio eletrônico comercial.⁴⁹⁷

Em 1990, a *Arpanet* foi desativada pelo Departamento de Defesa norte-americano, sendo substituída pelo *backbone Defense Research Internet (DRI)*. Neste ano, o Brasil⁴⁹⁸ também foi interligado, bem como a Argentina, Áustria, Bélgica, Chile, Grécia, Índia, Irlanda, Coreia do Sul, Suíça e Espanha.⁴⁹⁹

Em 1991, o governo norte-americano criou a *NREN (National Research and Education Network)* com a finalidade de conduzir o tráfego de dados de alta velocidade para fins de pesquisa, sem qualquer finalidade comercial. Nesse mesmo ano, praticamente todos os

⁴⁹⁴ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 27.

⁴⁹⁵ Compreende-se por *backbones* as estruturas de cabos de telecomunicações, responsáveis pela comunicação dos dados entre os sistemas informáticos e os roteadores que controlam o tráfego na *Internet*, permitindo a transferência de dados através de quilômetros de distância.

⁴⁹⁶ Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23.

⁴⁹⁷ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 27.

⁴⁹⁸ No Brasil a *Internet* foi implantada por iniciativa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC). O Ministério de Ciência e Tecnologia, em conjunto com o Ministério da Educação, em 1990 criou o *backbone* Rede Nacional de Pesquisas (RNP) que interligava onze Estados em suas respectivas capitais. Em 1992, foi instalada a primeira “espinha dorsal”, conectada à *Internet*, nas principais universidades e centros de pesquisa do País, além de algumas organizações não-governamentais. Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-24.

⁴⁹⁹ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 28.

países da Europa Ocidental também se integraram à rede, o mesmo acontecendo com Hong Kong, Portugal, Cingapura, África do Sul, Taiwan, Tunísia, Croácia, Hungria e Polônia.⁵⁰⁰

Em 1992 foi implementada a primeira ferramenta de busca⁵⁰¹ na *Internet*, e se integraram à rede Venezuela e Equador. Em 1993 ocorreu a utilização comercial da *Internet* com o advento da *World Wide Web* (WWW)⁵⁰², e muitos *sites* importantes foram criados, como por exemplo, o da Casa Branca, o das Nações Unidas e o do Banco Mundial. Aderiram à rede, neste ano, a Costa Rica, Peru, Colômbia, Nicarágua, Panamá, Uruguai, Rússia, Ucrânia e China.⁵⁰³

Em 1994 surgiram os serviços de entrega de mercadorias pela rede, o primeiro banco *on-line* e os primeiros *shoppings* virtuais. Em 1995 a *Internet* foi privatizada, com o estabelecimento de provedores independentes. No Brasil, a Embratel deixou de ter o monopólio das transmissões.

⁵⁰⁰ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 28.

⁵⁰¹ São *sites* que permitem ao usuário localizar, rapidamente e sem maiores dificuldades, arquivos de qualquer natureza na *Internet*, através da introdução de “palavras-chave” relacionadas ao tema objeto da busca.

⁵⁰² A *World Wide Web* é um serviço oferecido pela *Internet* que permite a obtenção de acesso a informações grafadas em hipertextos. Trata-se de um sistema de intercâmbio de informação baseado na tecnologia de hipertexto, que direciona o acesso aos dados informáticos de forma não seqüencial, podendo o usuário estabelecer suas próprias associações entre documentos localizados em distintas “páginas” na *Internet*, apenas clicando no *link* ou vínculo de hipertexto correspondente (que geralmente trata-se de uma determinada palavra ou figura grifada). A informação disponível na rede pode então ser acessada de forma não linear, através de vínculos associativos presentes em cada “página” na *Internet*. As páginas *web* (*web pages*) são seqüências de dados e informações variadas que se encontram inter-relacionadas, incluindo textos, imagens e sons, disponíveis em um *website* ou endereço eletrônico na *Internet*. *Website* é o endereço eletrônico responsável pela alocação de conjuntos de dados em hipertexto, conectados entre si, e que são exibidos via *Internet*, isto é, trata-se de um conjunto de *webpages* inter-relacionadas. Em geral, um *web site* possui uma página *web* principal (*homepage*) à qual estão relacionadas as demais páginas *web* que formam em sua totalidade o *web site*. A WWW utiliza tecnologia multimídia, o que torna interativa e fácil a “navegação” pela rede, pois a informação pode estar em qualquer formato, como gráficos, textos, música, imagens fixas ou em movimento, etc. e que se torna facilmente acessível aos usuários mediante o uso de programas “navegadores” para a *Internet*. Cf. CAIRNCROSS, Frances. *O fim das distâncias*: como a revolução nas comunicações transformará nossas vidas. Trad. Edite Sciulli e Marcos T. Rubino. São Paulo: Nobel, 2000. p. 123-124. Não se deve confundir os vocábulos *Internet* com *World Wide Web*, pois não são sinônimos. A *Internet* não se limita à WWW, esta é tão somente uma das várias aplicações ou serviços disponíveis na *Internet*. A WWW pode ser descrita como todo o conjunto interligado de *websites* e *webpages*, isto é, um sistema de hiperídia para a recuperação de informações através da *Internet*. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 45.

⁵⁰³ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 28.

O crescimento do uso da rede é confirmado pelas estatísticas: estima-se que no ano de 1997 foram trocados 85 bilhões de *e-mails* em todo mundo. Em 1998, a Organização Mundial do Comércio (OMC) avaliou que os negócios na rede atingiram 300 bilhões de dólares.⁵⁰⁴

Em suma, a *Internet* vêm crescendo vertiginosamente, chegando a patamares cada vez mais elevados, permitindo-se concluir que a mesma já faz parte do cotidiano de uma grande parcela da sociedade. Atualmente, a *Internet* representa um conjunto de mais de 40 mil redes no mundo inteiro.⁵⁰⁵

Segundo Lopes da Silva, os números que refletem a realidade da *Internet* são consideravelmente altos, pois

Vislumbra-se que, aproximadamente, 15 milhões de brasileiros acessam a internet; 80% dos computadores *on-line* estão vulneráveis a invasões no mundo; no Brasil, estima-se que mais de 30% das empresas já foram atacadas por criminosos; 500 tipos de vírus são disseminados todos os dias, e se estima em 80 horas o tempo para que atinjam 2 milhões de máquinas na *web*; em 1999, os prejuízos decorrentes de fraudes eletrônicas chegaram a mais de US\$ 3,2 bilhões⁵⁰⁶.

Diante dessa realidade, é preciso destacar a relevância dos mecanismos de auxílio mútuo em matéria penal, instituídos pela Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, como ferramentas fundamentais para a investigação de condutas praticadas no âmbito da *Internet*, especialmente para fins de obtenção de elementos probatórios existentes na forma de dados armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos, matéria que será objeto de análise no título seguinte da presente dissertação.

⁵⁰⁴ Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 28.

⁵⁰⁵ Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

⁵⁰⁶ Cf. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-24.

3.4 O auxílio mútuo em matéria penal

Dissemos, anteriormente, que a Convenção de Budapeste compõe-se de quatro Capítulos, e que o tema da cooperação internacional em matéria penal é tratado a partir do artigo 23 até o artigo 35, situados no Capítulo III, denominado “cooperação internacional” (*Chapter III – International co-operation*), que cuida expressamente de duas formas de cooperação penal internacional: a extradição e o auxílio mútuo em matéria penal – este último compreensivo de várias modalidades.⁵⁰⁷

Enquanto que, à extradição, a Convenção de Budapeste dedicou-lhe apenas um único artigo (artigo 24), cujas normas, na maioria das vezes, apenas reproduzem soluções já tradicionalmente consagradas por outros instrumentos normativos internacionais; por outro lado, no que diz respeito ao auxílio mútuo, a Convenção de Budapeste tratou de estabelecer um regime bem mais detalhado, prevendo uma série de normas e “princípios gerais”, bem como, modalidades específicas de auxílio mútuo visando atender às demandas atuais no contexto de “investigações ou procedimentos penais relativos a infrações que envolvam dados e sistemas informáticos ou a coleta de provas em forma eletrônica”, relativas às infrações tradicionais.⁵⁰⁸

A Convenção de Budapeste contempla, portanto, todo um elenco de modalidades de auxílio mútuo, especificamente direcionadas ao atendimento das demandas no

⁵⁰⁷ Entretanto, note-se que algumas modalidades de auxílio mútuo em matéria penal, tradicionalmente previstas em tratados e convenções internacionais sobre a matéria, não foram expressamente contempladas pela Convenção de Budapeste. Assim, não há previsão expressa em seu texto, de normas relativas à notificação de testemunhas ou peritos para comparecimento voluntário no território do Estado requerente, ou para o traslado de pessoas detidas no Estado requerido para comparecimento voluntário, na qualidade de testemunhas, no Estado requerente etc. Note-se que estas modalidades de auxílio mútuo podem ser encontradas, por exemplo, no texto da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de 1959, nos seus artigos 10 e 11, bem como nas disposições do art. 2.º, letras “d”, “e”, do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul.

⁵⁰⁸ “Article 25 –General principles relating to mutual assistance
1. The Parties shall afford one another mutual assistance to the widest extent possible for the purpose of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. [grifos nossos]”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

combate à criminalidade informática, tratando de prever novos mecanismos especificamente direcionados aos casos que envolvam “infrações relacionadas com dados e sistemas informáticos ou provas em forma eletrônica”. Assim, prevê as medidas de “preservação expedita de dados informáticos armazenados” (artigo 29), “divulgação expedita de dados de tráfego preservados” (artigo 30), “busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados” (artigo 31), “coleta de dados de tráfego em tempo real” (artigo 33), e “interceptação de dados de conteúdo” (artigo 34) – dentre outras medidas de caráter menos específico⁵⁰⁹.

Além das normas específicas relativas a cada uma das modalidades de auxílio mútuo dispostas nos artigos supra citados, a Convenção de Budapeste também estabelece um “regime geral” de normas aplicáveis, indistintamente, a todas as modalidades de auxílio mútuo previstas em seu texto. Estas normas estão presentes no artigo 25, que trata dos “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo”, no artigo 27, que contempla os “procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis”, e no artigo 28, que trata das restrições que podem ser impostas pela Parte requerida ao uso das informações ou dados fornecidos à Parte requerente, em resposta a um pedido de auxílio mútuo (“confidencialidade e limitação ao uso”).

O artigo 25 prevê normas que definem o âmbito de aplicação da Convenção de Budapeste no que se refere às modalidades de auxílio mútuo; tratam da possibilidade, em casos de urgência, da transmissão dos pedidos de auxílio mútuo através de mecanismos céleres de comunicação; delimitam o alcance do princípio da dupla incriminação; e

⁵⁰⁹ Note-se que, nos termos do artigo 35 da Convenção de Budapeste, há a possibilidade de prestação do auxílio mútuo no âmbito da denominada “Rede 24/7”, instituída pela Convenção com o objetivo de conferir maior eficácia e celeridade à prestação da assistência entre os Estados Partes. O auxílio mútuo a ser prestado no âmbito da referida rede poderá incluir a prestação de aconselhamento técnico, a preservação de dados, a coleta de provas, o fornecimento de informações sobre o direito e a localização de suspeitos (parágrafo 1.º do art. 35). Observe-se, também que o artigo 26 da Convenção de Budapeste prevê, expressamente, o intercâmbio espontâneo de informações entre os Estados Partes.

estabelecem critérios em relação ao direito aplicável ao processamento dos pedidos de auxílio mútuo no Estado requerido.

O artigo 27 prevê – em seus parágrafos 2.º a 9.º – um conjunto de normas aplicáveis à prestação do auxílio mútuo na ausência de tratado ou acordo equivalente sobre a matéria, celebrado com base na aplicação de legislação uniforme ou recíproca, em vigor entre as Partes requerente e requerida. As normas tratam da designação de autoridades centrais, dos fundamentos de recusa e adiamento da prestação do auxílio mútuo, da possibilidade de a Parte requerente imprimir sigilo na tramitação de um pedido de auxílio mútuo, da possibilidade de comunicação direta entre as autoridades da Parte requerente e da Parte requerida etc.

Por sua vez, o artigo 28 trata das restrições à utilização dos dados ou informações fornecidas à Parte requerente, em resposta a um pedido de auxílio mútuo. A Parte requerida poderá impor duas restrições em relação ao uso dos dados ou informações solicitadas pela Parte requerente: que sejam utilizadas apenas em caráter confidencial; e que não sejam utilizadas em outras investigações ou processos penais que não aqueles expressamente indicados no pedido de auxílio mútuo.

Convém ainda ressaltar que, enquanto as normas previstas no artigo 25 (“princípios gerais relativos ao auxílio mútuo”) são de observância obrigatória pelos Estados Partes, as normas contempladas nos parágrafos 2.º a 9.º do artigo 27 (“procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis”) e nos parágrafos 2.º a 4.º do artigo 28 (“confidencialidade e limitação ao uso”) apenas vinculam as Partes na medida em que não houver tratado de auxílio mútuo ou acordo equivalente celebrado com base na aplicação de legislação uniforme ou recíproca⁵¹⁰, em vigor, entre a

⁵¹⁰ “Acordos com base na aplicação de legislação uniforme ou recíproca”, tratam-se, tal como previsto no parágrafo 4.º do artigo 26 da Convenção Européia sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, de “convênios no domínio do auxílio judiciário mútuo em matéria penal baseados em legislação uniforme ou em regimes especiais que prevejam a aplicação recíproca de medidas de auxílio judiciário mútuo nos respectivos territórios dos Estados pactuantes”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em:

Parte requerente e a Parte requerida. Quando tais instrumentos existirem, aplicar-se-ão as normas neles previstas, em detrimento das normas relativas às matérias tratadas nos artigos 27 e 28 da Convenção de Budapeste, a menos que as Partes requerente e requerida decidam, em comum acordo, aplicar as normas da Convenção.⁵¹¹

No que disser respeito a outras questões, relacionadas com o auxílio mútuo, mas não expressamente abordadas pela Convenção de Budapeste, as Partes estarão livres para aplicar, além das normas previstas nos demais tratados ou acordos sobre auxílio mútuo, também as disposições de suas respectivas leis internas.⁵¹²

Entretanto, convém não olvidar que, as “disposições específicas” previstas na Seção 2 do Capítulo III da Convenção de Budapeste, que tratam de cada uma das modalidades de auxílio mútuo dispostas em seu texto, são de observância obrigatória pelos Estados Partes, ainda que exista tratado ou acordo de auxílio mútuo em vigor entre as Partes

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007. A mesma norma também pode ser encontrada no parágrafo 2.º do artigo 1.º da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Européia, adotada em 29 de maio de 2000. De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste, os referidos acordos representam “o sistema de cooperação desenvolvido entre os países nórdicos”. Cf. item 263 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵¹¹ Note-se que o parágrafo 1.º do art. 27 determina que “Quando não houver tratado ou acordo sobre auxílio mútuo com base em legislação uniforme ou recíproca em vigor entre as Partes requerente e requerida, as disposições dos parágrafos 2.º a 9.º deste artigo aplicar-se-ão. As disposições deste artigo não serão aplicáveis quando referido tratado ou acordo existir, a menos que as Partes envolvidas concordem em aplicar, em sua substituição, o presente artigo, no todo ou em parte”. No mesmo sentido, a norma do parágrafo 1.º do artigo 28, *in verbis*: “Quando não houver tratado ou acordo sobre auxílio mútuo com base em legislação uniforme ou recíproca em vigor entre as Partes requerente e requerida, as disposições do presente artigo aplicar-se-ão. As normas do presente artigo não serão aplicáveis quando tal tratado ou acordo existir, a menos que as Partes envolvidas concordem em aplicar, em sua substituição, o presente artigo no todo ou em parte”. De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste, esta solução teria sido adotada pelos redatores da Convenção com o objetivo de evitar conflitos entre as normas gerais sobre auxílio mútuo da presente Convenção e as normas de outros acordos e tratados bilaterais ou multilaterais sobre auxílio mútuo em vigor entre as Partes. Dessa forma, permite-se aos Estados Partes continuarem aplicando as disposições constantes dos demais tratados ou acordos sobre auxílio mútuo em vigor – no que concernir à matéria tratada nos artigos 27 e 28 da Convenção de Budapeste – evitando-se, portanto, a superveniência de maiores problemas na prestação do auxílio mútuo, eventualmente resultantes da aplicação de normas conflitantes. Cf. o item 276 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵¹² Observe-se que a Convenção de Budapeste não estabelece normas relativas a algumas questões tipicamente tratadas em sede de auxílio mútuo. Por exemplo, não há regras gerais relativas aos requisitos *formais*, exigíveis quando da formulação de um pedido de auxílio mútuo com base na Convenção. De fato, com exceção da medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados”, prevista no artigo 29, não há qualquer outra disposição na Convenção de Budapeste que especifique os requisitos quanto à forma dos pedidos de auxílio mútuo em conformidade com a presente Convenção. Portanto, no que toca a estes aspectos, as Partes poderão aplicar também as normas previstas em suas respectivas leis internas.

requerente e requerida, uma vez que, os redatores da Convenção consideraram que a efetiva aplicação de tais mecanismos pelos Estados Partes seria indispensável para a implementação de uma cooperação célere e eficaz em matéria de criminalidade informática.⁵¹³

De forma que, nos próximos títulos da presente dissertação, trataremos de analisar as normas referentes ao **auxílio mútuo** em matéria penal adotadas no âmbito da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, considerando as significativas disposições constantes do referido instrumento normativo internacional no tocante ao combate à criminalidade informática.

3.4.1 Modalidades

Conforme já tivemos a oportunidade de salientar no Capítulo 2 da presente dissertação, o auxílio mútuo em matéria penal pode compreender uma vasta gama de modalidades ou formas, abrangendo desde o mero fornecimento de informações sobre o direito estrangeiro, até a execução de medidas constritivas de bens ou restritivas de direitos, como a busca e apreensão de bens ou a interceptação de comunicações (medidas de primeiro e segundo níveis).

A Convenção de Budapeste dispõe expressamente sobre a prestação de auxílio mútuo no que diz respeito ao “intercâmbio espontâneo de informações” (artigo 26); à “preservação expedita de dados informáticos armazenados” (artigo 29), à “divulgação expedita de dados de tráfego preservados” (artigo 30), à “busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados” (artigo 31), à “coleta de dados de tráfego em tempo real” (artigo 33), à “interceptação de dados de conteúdo” (artigo 34), e ao auxílio mútuo no âmbito da Rede 24/7 (artigo 35).

⁵¹³ Cf. item 262 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

Note-se que os redatores da Convenção de Budapeste trataram de adaptar determinados aspectos de algumas medidas tradicionais de obtenção de elementos probatórios relativos a infrações penais, à realidade do moderno contexto tecnológico. Assim, com base na tradicional medida de busca e apreensão de bens (objetos tangíveis), criou-se a medida de “busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados” (objetos intangíveis). Por outro lado, a tradicional medida de interceptação de telecomunicações deu origem à “interceptação de dados de conteúdo” e à “coleta em tempo real de dados de tráfego”.

A necessidade de adequação dos mecanismos tradicionais de obtenção de elementos de prova à realidade do moderno contexto tecnológico, que envolve, frequentemente, a investigação de condutas criminosas que se relacionam cada vez mais com as tecnologias da informação, já foi previamente reconhecida pela Recomendação N. R (95) 13 do Conselho da Europa, relativa aos “problemas de direito processual penal relacionados com as tecnologias da informação”.⁵¹⁴

⁵¹⁴ Note-se que as lacunas existentes nas legislações processuais internas dos Estados no tocante à previsão de mecanismos apropriados para a obtenção de provas no âmbito de sistemas informáticos e redes de computadores, já foram percebidas pelo próprio Conselho da Europa, quando da formulação da referida Recomendação, que já reconhecia a necessidade de adaptar os mecanismos tradicionalmente previstos pelas leis processuais penais dos Estados para atender à natureza específica das investigações criminais no âmbito de sistemas informáticos. Este documento já recomendava aos Estados membros do Conselho da Europa a adaptação de suas leis processuais penais internas no tocante a estes aspectos, além de ressaltar a necessidade de reforçar os mecanismos de cooperação internacional, demonstrando, portanto, preocupação com a possibilidade de os Estados membros do Conselho da Europa não estarem devidamente aptos a prestar auxílio mútuo, de uma maneira apropriada, quando solicitados a obter ou coletar elementos probatórios porventura existentes na forma de dados informáticos (objetos intangíveis), face a não adaptação dos seus mecanismos processuais internos. Neste sentido, a referida Recomendação afirma que: *I. Search and Seizure. [...] 2. Criminal procedural laws should permit investigating authorities to search computer systems and seize data under similar conditions as under traditional powers of search and seizure. [...] II. Technical surveillance [...] 5. In view of the convergence of information technology and telecommunications, laws pertaining to technical surveillance for the purposes of criminal investigations, such as interception of telecommunications, should be reviewed and amended, where necessary, to ensure their applicability. 6. The law should permit investigating authorities to avail themselves of all necessary technical measures that enable the collection of traffic data in the investigation of crimes. [...] 8. Criminal procedural laws should be reviewed with a view to making possible the interception of telecommunications and the collection of traffic data in the investigation of serious offences against the confidentiality, integrity and availability of telecommunication or computer systems. [...] VII. International co-operation. 18. Expedited and adequate procedures as well as a system of liaison should be available according to which the investigating authorities may request the foreign authorities to promptly collect evidence. For that purpose the requested authorities should be authorized to search a computer system and seize data with a view to its subsequent transfer. The requested authorities should also be authorized to provide trafficking data related to a specific*

Ao proceder à adaptação dos mecanismos tradicionais de obtenção de elementos probatórios, à realidade dos crimes informáticos, surge inevitavelmente, a questão em torno da terminologia a ser utilizada no âmbito das disposições adaptadas. Optou-se, na Convenção de Budapeste, por manter a terminologia tradicional, como por exemplo, manter o uso de expressões clássicas como “busca e apreensão”, mas associando-as a outras expressões geralmente utilizadas na área das modernas tecnologias da informação, como por exemplo, “acessar” e “copiar”.⁵¹⁵

Portanto, reconhecendo a necessidade de adequação à constante evolução dos conceitos que se dá no âmbito das tecnologias da informação, mas também, sem descuidar da necessária preservação das raízes tradicionais de certos conceitos clássicos já plenamente estabelecidos na área do Direito, optou-se por adotar, na Convenção de Budapeste, uma linguagem mista, que consiste em utilizar tanto as clássicas expressões (“busca e apreensão”) como os conceitos mais recentes utilizados no âmbito das áreas de conhecimento relativas às modernas tecnologias da informação (“acessar”, “copiar” etc.).⁵¹⁶

Além das necessárias adaptações dos mecanismos tradicionais de obtenção de provas, os redatores da Convenção de Budapeste também trataram de introduzir em seu texto outras medidas especialmente formuladas para atender às exigências das investigações no contexto da criminalidade informática, como a “preservação expedita de dados informáticos armazenados” (artigo 29) e a “divulgação expedita de dados de tráfego preservados” (artigo 30). A primeira delas será objeto de análise no título seguinte.

telecommunication, intercept a specific telecommunication or identify its source. For that purpose, the existing mutual legal assistance instruments need to be supplemented. Cf. COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation No. R (95)13 of the Committee of Ministers to Member States concerning problems of criminal procedural law connected with information technology, adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers’ Deputies*. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1995_13.pdf. Acesso em: 07/01/2007.

⁵¹⁵ Cf. item 137 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵¹⁶ Cf. item 137 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

3.4.1.1 “Preservação expedita de dados informáticos armazenados”

Os dados informáticos são altamente “voláteis”, de forma que, com um simples apertar de botão, podem ser facilmente apagados, modificados, inutilizados ou removidos do sistema informático em que se encontrem armazenados. Além disso, alguns tipos de dados informáticos – como, por exemplo, os dados de tráfego – são, geralmente, armazenados apenas por curtos períodos de tempo, antes de serem definitivamente excluídos do sistema informático.

Dessa forma, os redatores da Convenção de Budapeste consideraram necessária a inclusão de um mecanismo especial que permitisse assegurar a disponibilidade de dados informáticos armazenados, durante o período de tempo necessário para o atendimento a um pedido de busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados, nos moldes do artigo 31 da Convenção de Budapeste.⁵¹⁷

Adotou-se, então, o auxílio mútuo no que se refere à “preservação expedita de dados informáticos armazenados”, prevista no artigo 29 da Convenção de Budapeste, nestes termos:

Uma Parte pode solicitar a uma outra Parte que ordene ou de outra forma obtenha, a célere preservação dos dados armazenados em um sistema informático, localizado no território dessa outra Parte, e relativamente aos quais a Parte requerente pretenda apresentar um pedido de auxílio mútuo para fins de busca ou acesso similar, apreensão ou obtenção similar, e divulgação dos dados (parágrafo 1.º).⁵¹⁸

O pedido de preservação⁵¹⁹ visa, portanto, impedir que os dados armazenados em um determinado sistema informático ou em uma unidade de armazenamento

⁵¹⁷ Cf. item 282 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵¹⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁵¹⁹ O Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste nos informa que o termo “preservação” implica que os dados, já existentes e armazenados em um sistema informático, sejam protegidos de tudo o que for suscetível de provocar a alteração ou deterioração da sua qualidade ou do seu estado e condições atuais, pretendendo-se que os mesmos sejam mantidos a salvo de toda e qualquer modificação, deterioração, apagamento ou supressão. Cf. item 159 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Portanto, a medida de preservação de dados apenas aplica-se aos dados informáticos já *previamente* armazenados. Nesse contexto, deve-se distinguir entre “preservação de dados” e “retenção de dados”. Embora com conotações semelhantes

de dados localizada no território da Parte requerida, sejam alterados, removidos ou apagados durante o período de tempo necessário à formulação, transmissão e atendimento a um pedido de auxílio mútuo para fins de busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e subsequente divulgação de dados informáticos.

A Parte requerida é obrigada, então, a preservar e manter a integridade dos dados especificados, objeto do pedido de preservação formulado pela Parte requerente, por um período não inferior a (60) sessenta dias, como meio de assegurar um mínimo de tempo necessário para o atendimento a um pedido de busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação dos dados preservados, nos termos do artigo 31 da Convenção de Budapeste.⁵²⁰

Caberá às Partes, portanto, especificar, em suas respectivas legislações internas, o máximo período de tempo durante o qual obrigar-se-ão a manter os dados devidamente preservados e íntegros, obedecido o prazo mínimo de (60) sessenta dias.

O parágrafo 2.º do artigo 29 da Convenção de Budapeste refere-se aos requisitos formais, descrevendo os elementos que um pedido de preservação de dados deve

na linguagem comum, os seus significados são distintos, conforme nos informa o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. “Preservar dados” significa manter os dados que já existem e se encontram armazenados, protegidos de tudo o que for passível de causar a supressão, alteração ou a deterioração de sua qualidade ou de sua condição ou estado atual. Por outro lado, “reter dados” significa armazenar indefinidamente grandes quantidades de dados que estão sendo gerados em determinado momento, com o objetivo de assegurar a sua disponibilidade em uma data futura. O processo de “retenção de dados” implica, pois, a acumulação indefinida de dados que estão sendo gerados no presente e a manutenção dos mesmos visando a sua utilização em tempo futuro. Por outro lado, o processo de “preservação de dados” consiste na atividade de conservação de dados já previamente armazenados, com o objetivo apenas de mantê-los intactos e seguros. Cf. o item 151 do Relatório Explicativo da convenção de Budapeste. Portanto, a medida de preservação de dados prevista na Convenção de Budapeste, aplica-se, assim, aos dados informáticos que “foram armazenados por meio de um sistema informático”, o que pressupõe que, tratam-se de dados já previamente existentes e armazenados. E note-se que o parágrafo 2.º, alínea “c”, do art. 29 da Convenção de Budapeste, exige que o pedido de preservação de dados deva especificar quais “os dados armazenados a serem objeto de preservação.” No mesmo sentido, também o parágrafo 3.º do mesmo artigo, ao afirmar que “após receber o pedido de outra Parte, a Parte requerida tomará todas as medidas apropriadas a fim de preservar rapidamente os dados *especificados* [...]”. Portanto, a preservação destinar-se-á apenas à conservação de dados previamente *especificados* e não à retenção generalizada e de forma indiscriminada, de uma ampla quantidade de dados.

⁵²⁰ Note-se que o parágrafo 7.º do art. 29 da Convenção de Budapeste estabelece claramente a obrigação de a Parte requerida assegurar a preservação dos dados por um período não inferior a (60) sessenta dias, de modo a permitir que a Parte requerente disponha do tempo necessário para formular um pedido de busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação dos dados preservados. O parágrafo 7.º também determina que, após o recebimento do pedido, os dados ainda continuarão preservados até a tomada de uma decisão final pela Parte requerida no que diz respeito ao pedido. Cf. o art. 29, parágrafo 7.º, da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

conter, visando dar exeqüibilidade e segurança à sua tramitação. Tendo em conta que se trata de uma medida de natureza provisória e de caráter preliminar, e que o requerimento deverá ser preparado e transmitido de forma célere, a Convenção apenas exige que a Parte requerente especifique, de maneira concisa, o mínimo de informação necessária a permitir que a preservação de dados possa ser efetuada pela Parte requerida. Essas informações são: a autoridade da Parte requerente que requer a preservação dos dados (alínea “a”); a infração que é objeto da investigação ou do procedimento criminal, bem como uma breve exposição dos fatos relativos à prática da conduta criminosa (alínea “b”); os dados a serem preservados e a sua relação com a infração (alínea “c”); qualquer informação disponível que permita identificar a pessoa que detenha a posse ou o controle sobre tais dados ou a localização do sistema informático em que os dados encontrem-se armazenados (alínea “d”). Além disso, a Parte requerente deverá também demonstrar: a necessidade da medida de preservação, revelando a importância dos dados para a investigação ou para o processo penal relativo à infração em questão (alínea “e”). E, por fim, a Parte requerente deverá, ainda, assumir o compromisso de apresentar, em seguida, um pedido de auxílio mútuo para fins de busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação dos mesmos dados, objeto do pedido de preservação (alínea “f”).⁵²¹

A preservação dos dados constitui, portanto, uma medida provisória, de caráter necessariamente limitado e preliminar, com o objetivo de ser executada com maior celeridade do que os outros mecanismos previstos na Convenção de Budapeste. Apesar disso, é considerada menos “invasiva” do que as demais modalidades de auxílio mútuo.

De fato, a realização da preservação de dados não provoca, necessariamente, o levantamento do sigilo dos dados. Não se exige das autoridades competentes da Parte

⁵²¹ Esta última exigência parece ter o condão de evitar excessos no tocante à formulação indiscriminada de pedidos de preservação de dados, quando a Parte requerente não tiver a real intenção, ou mesmo, a possibilidade jurídica de apresentar, subsequentemente, um pedido de busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação de dados, nos moldes do artigo 31 da Convenção de Budapeste.

requerida o acesso ao conteúdo dos dados, objeto de um pedido de preservação. A Parte requerida apenas estará obrigada a exigir do provedor de serviços ou de outra pessoa responsável pelo armazenamento e/ou manutenção dos dados informáticos localizados em seu respectivo território, que estes permaneçam íntegros durante o período de tempo necessário.⁵²² Portanto, os dados informáticos, objeto de uma medida de preservação, não serão necessariamente divulgados ou examinados pelas autoridades competentes da Parte requerida. Dessa forma, o procedimento de preservação de dados, nos moldes estabelecidos pela Convenção de Budapeste, tem, então, a dupla vantagem de ser célere e de respeitar os direitos e liberdades individuais das pessoas concernidas no que diz respeito à sua intimidade e vida privada, particularmente, o sigilo dos seus dados pessoais.

A execução de uma medida de preservação de dados também não os torna necessariamente inacessíveis ao seu respectivo titular. O titular dos dados poderá continuar a acessá-los livremente, mesmo após a efetivação da preservação, ficando apenas impedido de apagá-los, modificá-los, removê-los ou inutilizá-los.⁵²³

O parágrafo 3.º do artigo 29 da Convenção de Budapeste não especifica a forma segundo a qual os dados devem ser preservados, apenas afirma que caberá à Parte requerida, após receber o pedido de uma outra Parte, tomar todas as providências necessárias a fim de rapidamente preservar os dados especificados no pedido, de acordo com a sua legislação interna.⁵²⁴ Caberá, então, à Parte requerida, determinar, de acordo com as suas leis internas, a forma mais apropriada de proceder à preservação.

⁵²² Cf. item 283 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵²³ Cf. item 159 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵²⁴ O parágrafo 3.º do art. 29 da Convenção de Budapeste impõe à Parte requerida o dever de, após receber o pedido de preservação de dados formulado pela Parte requerente, “tomar todas as medidas apropriadas para preservar rapidamente os dados especificados, em conformidade com o seu direito interno”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

Quaisquer tipos de dados armazenados em um sistema informático⁵²⁵ poderão ser objeto de um pedido de preservação, isto é, “dados de tráfego”, “dados de conteúdo” ou “dados relativos aos subscritores”, devidamente especificados no pedido de preservação.⁵²⁶

Ressalte-se que a preservação de dados é considerada uma ferramenta de fundamental importância, sobretudo nas situações envolvendo dados de tráfego armazenados por provedores de serviços na *Internet*. Dados de tráfego geralmente não permanecem armazenados durante muito tempo no sistema informático do provedor de serviços. Isto se dá face às restrições estabelecidas pelas leis destinadas à proteção de dados pessoais⁵²⁷, mas também poderá abranger situações em que os dados são automaticamente apagados quando o suporte de armazenamento de dados chega ao seu limite de armazenamento, para permitir o registro de outros dados mais recentes.

⁵²⁵ A preservação poderá abranger dados armazenados tanto em um computador pessoal, rede de computadores, ou em uma unidade de armazenamento de dados.

⁵²⁶ Cf. item 161 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵²⁷ Na União Européia, a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, “relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas”, insta os seus Estados-membros a estabelecer, em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, que os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores de serviços de comunicações eletrônicas, que se encontrem armazenados pelo fornecedor ou provedor de tais serviços, devem ser apagados tão logo deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação (art. 6.º, parágrafo 1.º). Entretanto, note-se que o art. 15 afirma que os Estados-membros podem adotar medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstas na presente diretiva, “sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada em uma sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infrações penais [...]” (art. 15, parágrafo 1.º). Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, “relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas)”*. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2002/l_201/l_20120020731pt00370047.pdf. Acesso em: 03/01/2007. Saliente-se ainda que, o artigo 8.º da Diretiva 95/46/CE “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, determina aos Estados membros a proibição do tratamento de certas categorias de dados pessoais considerados particularmente “sensíveis”, como aqueles dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como os dados relativos à saúde e à vida sexual. Entretanto, perceba-se que o artigo 13 da Diretiva 95/46/CE permite aos Estados-membros adotar medidas legislativas destinadas a restringir o alcance das obrigações e direitos previstos na presente diretiva, no sentido de prever exceções que se afigurem necessárias para fins de “prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais [...]” (art. 13, parágrafo 1.º, “d”). Cf. UNIÓN EUROPEA. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Disponível em: <http://europa.eu.int/spain/novedades/documentos/31995L46.htm>. Acesso em: 12/09/2006.

Portanto, reveste-se de singular importância a medida de preservação de dados, sobretudo no que se refere aos dados de tráfego armazenados pelos provedores de serviços da *Internet*, mais suscetíveis que se encontram ao apagamento ou eliminação.

Por último, convém ressaltar ainda que, quando a Parte requerida considerar que um pedido de preservação não será suficiente para assegurar a futura disponibilidade dos dados – como, por exemplo, naquelas situações em que o provedor de serviços ou o titular dos dados não for considerado idôneo e digno de confiança⁵²⁸ – a norma constante do parágrafo 6.º do artigo 29 da Convenção de Budapeste, impõe à Parte requerida o dever de informar à Parte requerente sobre a possibilidade do pedido de preservação não alcançar o êxito desejado, face à probabilidade do seu não cumprimento pelo provedor de serviços ou pelo titular dos dados. Nestas situações, à Parte requerente caberá, então, decidir se, apesar disso, deseja insistir no pedido de preservação ou encaminhar, de imediato, um pedido de busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação dos dados.

3.4.1.2 “Busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados”

Conforme já previamente mencionado, a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime tratou de adaptar determinados aspectos de algumas medidas tradicionais de obtenção de provas para fins de investigação ou procedimentos penais, à realidade do moderno contexto tecnológico. Para atender a esta finalidade adotou uma terminologia mista quando da formulação das medidas voltadas à obtenção de dados informáticos. Disso resultou a modalidade de auxílio mútuo para fins de “busca ou acesso, apreensão ou obtenção e

⁵²⁸ Quando, por exemplo, se tratar de um provedor de serviços controlado por um grupo criminoso organizado ou mesmo pela própria pessoa alvo da investigação ou do processo criminal. Cf. item 288 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

divulgação de dados armazenados” em um sistema informático localizado no território da Parte requerida (artigo 31).

Segundo o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste⁵²⁹, a necessidade de adequação da tradicional medida de “busca e apreensão” à nova realidade das investigações e procedimentos penais relativos aos crimes informáticos, que frequentemente demandam a obtenção de provas em formato eletrônico, deve-se à constatação do fato de que as legislações internas de muitos Estados, em matéria de direito processual penal, apenas contemplam a possibilidade de busca e apreensão de objetos tangíveis.⁵³⁰ Acresce que, dados informáticos, desprovidos de um suporte físico, são considerados objetos intangíveis⁵³¹.

⁵²⁹ Cf. item 184 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵³⁰ Note-se que a Recomendação No. R (95) 13 do Conselho da Europa já constatava que as leis processuais penais dos Estados-membros geralmente não contemplavam normas apropriadas para efeitos de busca e apreensão de dados em sistemas informáticos, e que a ausência de tais normas poderia prejudicar a efetividade de determinadas investigações criminais que envolvessem a obtenção de dados informáticos. Reconheceu, então, a necessidade de adaptar os procedimentos tradicionais de obtenção de provas previstos nas leis processuais dos Estados-membros à natureza específica das investigações envolvendo sistemas e dados informáticos, nestes termos: “I. Search and Seizure 2. Criminal procedural laws should permit investigating authorities to search computer systems and seize data under similar conditions as under traditional powers of search and seizure.” Cf. COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. Recommendation No. R (95)13 of the Committee of Ministers to Member States concerning problems of criminal procedural law connected with information technology, adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers’ Deputies. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1995_13.pdf. Acesso em: 07/01/2007. No Brasil, o Código de Processo Penal também não contempla normas específicas destinadas à busca e apreensão *on-line* de dados informáticos. Entretanto, segundo nos informa Roberto Chacon de Albuquerque, nos Países Baixos, o Código de Processo Penal holandês, em seus arts. 125i-125n, versa, especificamente, sobre a busca e apreensão *on-line* de dados em sistemas informáticos. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 99.

⁵³¹ Para Roberto Chacon de Albuquerque, *coisas móveis* correspondem a objetos tangíveis, de forma que dados informáticos não poderiam ser considerados coisas móveis. Diz ainda o referido autor que “se os dados armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos forem considerados coisas móveis, este conceito deixará de corresponder a objetos tangíveis para incluir objetos intangíveis. Ele passará da materialidade à imaterialidade [...] Essa tendência expande excessivamente o conceito de ‘coisas móveis’. [...] Coisas móveis são únicas. A posse de uma coisa móvel implica que outros não tenham a propriedade ou a posse da mesma coisa móvel. [...] A posse de dados armazenados num sistema informático não significa que outros não tenham a posse dos mesmos dados. O ato de copiar um conjunto de dados não impede que terceiros, ou o titular do próprio conjunto de dados, continuem a possuí-los. O titular não perde a posse dos dados, ele perde apenas a posse exclusiva deles. Dados não podem ser considerados coisas móveis. Constituem uma categoria jurídica à parte. [...] Dados, objetos intangíveis, não pertencem à categoria jurídica das coisas móveis, objetos tangíveis.” Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *Criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 45.

De forma que, considerou-se necessária a construção de um paralelo entre a busca e apreensão de objetos tangíveis⁵³² (suportes) e a busca e apreensão de objetos intangíveis (dados).

Em primeiro lugar, note-se que o parágrafo 1.º do artigo 31 da Convenção de Budapeste, faz referência aos termos “buscar” ou “acessar” dados informáticos armazenados.⁵³³ A utilização da terminologia tradicional (“busca”), expressa a idéia de “procura de certa coisa ou pessoa”.⁵³⁴ Acresce que, a doutrina nos informa que os dados informáticos não podem ser considerados coisa móvel⁵³⁵. Portanto, o objeto da “busca”, em sentido estrito, será o próprio sistema informático – objeto tangível – no qual os dados encontrem-se armazenados (suporte dos dados). Neste caso, o procedimento equivalerá, portanto, a uma “busca” tradicional de objeto tangível.⁵³⁶

Por outro lado, o uso do termo “acessar” – que reflete com maior exatidão a terminologia adotada na área da informática – amplia as possibilidades de uma “busca” no

⁵³² Note-se que, no quadro de um procedimento tradicional de busca e apreensão de objetos tangíveis, a busca e apreensão implica a procura e o exame de elementos probatórios registrados ou inscritos sob uma forma tangível, como, por exemplo, tinta sobre papel; e, após a análise das informações registradas, as autoridades competentes apreendem os registros físicos correspondentes (papéis, documentos etc.), levando-os consigo. Da mesma forma, os disquetes, CDs, *pen-drives*, ou qualquer outra unidade externa de armazenamento de dados e o próprio sistema informático, podem igualmente ser objeto de uma busca e apreensão de objetos tangíveis. Entretanto, em se tratando de dados informáticos desprovidos de um suporte físico, um mero procedimento de busca e apreensão executado nos moldes tradicionais, por vezes, poderá não ser suficiente para atender às necessidades das investigações criminais, que frequentemente demandam a realização de busca e apreensão *on-line* de dados informáticos.

⁵³³ A Convenção de Budapeste utiliza ambos os termos de forma a conciliar os conceitos jurídicos tradicionais com a moderna terminologia empregada na área da informática.

⁵³⁴ Para De Plácido e Silva, “busca, em linguagem forense, serve para indicar a diligência que tem por objetivo a procura de certa *coisa* ou *pessoa*, cuja existência se pretende verificar, ou somente para tal ou para apreendê-la, segundo a ordem emanada da autoridade competente. [...] É parte integrante dela a apreensão, que é consequência do apoderamento, após o encontro daquilo que se procura”. Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 341.

⁵³⁵ Neste sentido, Roberto Chacon de Albuquerque nos informa que os dados informáticos não podem ser considerados *coisa*, ou seja, objetos tangíveis. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 45.

⁵³⁶ Entretanto, note-se que a referida “busca” poderá abranger tanto um computador pessoal (PC), como os dispositivos de armazenamento de dados a ele diretamente conectados (como por exemplo, uma unidade de disco rígido externa) ou suportes de armazenamento de dados independentes (tais como um CD-ROM, disquete, *pen-drive* etc.), pois, todos esses componentes juntos, podem ser considerados, conforme se depreende da definição do art. 1.º, alínea “a”, da Convenção de Budapeste, um sistema informático único.

sentido tradicional. De fato, o “acesso”⁵³⁷ aos dados informáticos poderá realizar-se *on-line*,⁵³⁸ por meio da utilização de um outro sistema informático, sem a necessidade de se empreender uma “busca” *in situ* do próprio sistema informático no qual encontrem-se armazenados os dados visados. Por exemplo, naqueles casos em que os dados informáticos encontrem-se armazenados em um *mailbox* (caixa de correio eletrônico) em um sistema informático acessível através da *Internet*, ou mesmo nos casos em que os dados encontrem-se armazenados em um outro computador que esteja conectado ao primeiro, fazendo parte de uma mesma rede de área local (*LAN – Local Area Network*).

Portanto, o “acesso”, nos termos da Convenção de Budapeste, poderá se estender aos dados armazenados em um sistema informático com o qual não se mantenha qualquer contato físico direto, mas que seja acessível através de redes de telecomunicações públicas ou através de redes de área local (*LAN – Local Area Network*). A Parte requerente poderá, então, solicitar à Parte requerida, a realização de uma busca *on-line* de dados informáticos que se encontrem armazenados em seu território. Portanto, nestes casos, tratar-

⁵³⁷ A palavra “acesso” pode ser entendida como a ação humana de ler ou visualizar *dados* armazenados em um sistema informático. Ler dados armazenados em um sistema informático consiste em reinterpretá-los como informações humanamente inteligíveis. A leitura de um texto, a visualização de fotos e a audição de músicas armazenadas em um sistema informático são exemplos de leitura de dados. Cf. VIANNA, Túlio Lima. Fundamentos de direito penal informático. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51. Para Ferreira, “acesso” pode também ser entendido como a “comunicação entre dispositivos computacionais [...] por meio do qual se utilizam os serviços ou recursos oferecidos em uma rede de computadores.” Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio virtual*: século XXI. Versão 3.0, Nova Fronteira, 1999, CD-ROM.

⁵³⁸ O “acesso” pode ser local ou remoto. O acesso é local (*off-line*) quando a conduta humana de leitura dos dados se dá no mesmo sistema informático no qual estão armazenados os dados. O acesso é remoto (*on-line*) quando os dados encontram-se armazenados em um sistema informático diverso daquele em que a ação humana é realizada, estando os dois sistemas interconectados (como por exemplo, a visita a uma página da *Internet*). Portanto, o acesso local (*off-line*) é aquele em que o agente tem contato físico com o computador que acessa, emitindo seus comandos através de um dispositivo de entrada de dados (teclado, mouse etc.) diretamente conectado ao computador acessado. Por outro lado, o acesso remoto (*on-line*) acontece quando não há qualquer contato físico do agente com o computador visado, sendo o computador no qual o agente emite os comandos de acesso, diferente daquele em que os dados estão armazenados. Cf. VIANNA, Túlio Lima. Fundamentos de direito penal informático. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 52 e 75-76. Convém esclarecer que o art. 31 da Convenção de Budapeste aplica-se apenas aos dados armazenados em sistemas informáticos situados *no território* da Parte requerida, que, por intermédio de um pedido de auxílio mútuo, são obtidos em favor da Parte requerente. De forma que, não trata do acesso *on-line direto* – isto é, sem pedido de auxílio mútuo – a dados armazenados em sistemas informáticos situados no exterior. O acesso *on-line* direto aos dados armazenados em outros países é tratado no art. 32 da Convenção de Budapeste e só poderá realizar-se em casos excepcionais como será em seguida melhor explicitado.

se-á de uma verdadeira “busca”, em sentido estrito, de dados informáticos (objetos intangíveis), desprovidos de seu suporte físico.

Note-se que, a possibilidade de se realizar um “acesso” *on-line* aos dados armazenados em sistemas informáticos, constitui alternativa de grande valia, uma vez que, por vezes, poderá não ser conveniente realizar uma “busca” *in situ* do sistema informático, para que se obtenha acesso aos dados nele armazenados, tendo em vista que a pessoa que estiver sendo investigada poderá modificar, apagar ou remover os dados, tão logo se sinta ameaçada pela iminente presença dos investigadores, antes mesmo que eles consigam obter acesso físico ao local em que se encontre localizado o sistema informático, objeto da busca executada nos moldes tradicionais. O que inevitavelmente frustrará as investigações.

Perceba-se, então, que, com a introdução do termo “acesso”, a Convenção de Budapeste amplia as possibilidades de uma “busca” no sentido tradicional – destinada à procura de objetos tangíveis – possibilitando também o “acesso” *on-line* aos dados informáticos (objetos intangíveis), sem a necessidade da realização de uma “busca” *in situ* do próprio sistema informático no qual se encontrem armazenados os dados visados.

Por outro lado, como consequência natural da “busca” ou “acesso” aos dados informáticos, a sua “apreensão” ou “obtenção” podem implicar uma série de consequências distintas, no contexto da Convenção de Budapeste. O termo “apreensão” tradicionalmente significa “apoderar-se de coisa” de forma a privar o seu primitivo possuidor de sua posse.⁵³⁹ Mas, como já mencionamos anteriormente, dados informáticos, desprovidos de um suporte físico, não são considerados coisas móveis. E, verifique-se ainda que, o mero ato de “copiar” um conjunto de dados, para fins de “apreensão”, não impede que o legítimo

⁵³⁹ Para De Plácido e Silva, “apreensão, vocábulo derivado do latim, *apprehendere* (tomar, agarrar, apoderar-se), significa a ação e efeito de se tirar de alguém, ou tomar de outrem, coisa que se encontrava em poder do mesmo, ou de apoderar-se de coisa, que se encontrava em abandono. Pela apreensão, a coisa sai do lugar em que se encontra, para ser colocada em mãos e posse de quem a apreendeu, ou em local diferente. (...) Em sentido geral, a apreensão dá sempre o sentido da materialidade do ato da tomada, do apoderamento da coisa apreendida”. Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 173.

titular dos dados continue na “posse” dos mesmos ou que o seu “acesso” seja franqueado a terceiros. O titular não perde, necessariamente, a “posse” dos dados, ele perde apenas a “posse” exclusiva deles.⁵⁴⁰ Só se verificará a efetiva perda da “posse”, nas situações em que o suporte físico no qual os dados informáticos encontrem-se armazenados (por exemplo, o disco rígido de um computador, um disquete, um CD-ROM, um *pen-drive* etc.) for apreendido e, portanto, retirado do local em que se encontrava originalmente.

Portanto, note-se que o conteúdo conceitual da tradicional “apreensão” nem sempre trata de atender, satisfatoriamente, às exigências impostas pelo efetivo combate à criminalidade informática. Dessa forma, os redatores da Convenção de Budapeste procuraram ampliar também as possibilidades de uma “apreensão” no sentido tradicional, através da introdução do termo “obtenção” de dados informáticos (objetos intangíveis), de modo a abranger outros meios através dos quais se poderá obter o efetivo “controle” sobre os dados no ambiente informático, visando, dessa forma, melhor atender às exigências do efetivo combate à criminalidade informática.

Assim, no contexto da Convenção de Budapeste, a denominada “obtenção” de dados armazenados em um sistema informático poderá, então, implicar uma série de conseqüências, distintas da mera “apreensão” do seu suporte físico, quais sejam:

- a) a realização de uma cópia dos dados, em forma tangível (impressão em papel), ou em forma intangível (disquete, CD-ROM, *pen-drive* etc.)⁵⁴¹;
- b) a manutenção da integridade dos dados armazenados no suporte físico em que foram encontrados, mesmo após já realizada cópia dos mesmos⁵⁴²;

⁵⁴⁰ Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 45.

⁵⁴¹ Cf. o art. 19, parágrafo 3.º, “b” da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime. Deve-se lembrar que, neste caso, os dados ainda permanecerão armazenados no sistema informático ou na unidade de armazenamento de dados em que foram originalmente encontrados.

⁵⁴² Cf. o art. 19, parágrafo 3.º, “c” da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime. Esta medida justifica-se nos casos em que, porventura, seja necessário reexaminar os dados posteriormente, de forma a sanar eventuais dúvidas que possam surgir no decurso da investigação ou do procedimento penal. Para isso devem ser mantidos íntegros no suporte físico em que se encontravam originalmente armazenados, mantendo-se inalterados – ou seja, permanecendo no estado em que foram originariamente encontrados – durante o curso

c) a utilização de métodos técnicos para tornar inacessíveis os dados armazenados no sistema informático⁵⁴³;

d) a remoção dos dados armazenados no sistema informático quando necessário para impedir o acesso aos mesmos.⁵⁴⁴

Portanto, observe-se que há significativas diferenças entre a tradicional busca e apreensão de objetos tangíveis e a “busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação de dados informáticos” prevista na Convenção de Budapeste.

A Convenção de Budapeste procedeu à verdadeira modernização do tradicional conceito de busca e apreensão de objetos tangíveis, adaptando-o à nova realidade das investigações e procedimentos penais envolvendo o “acesso e obtenção” de dados informáticos – objetos intangíveis.

Convém, ainda, ressaltar que a “busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação de dados” aplica-se apenas em relação aos dados informáticos **armazenados** – quer em um sistema informático propriamente dito ou em uma unidade de armazenamento de dados – sejam dados de tráfego, dados de conteúdo ou dados relativos aos subscritores de serviços. Não se aplica, portanto, em relação aos dados em curso de transmissão entre

da investigação ou do processo penal. Cf. o item 197 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

⁵⁴³ Cf. o art. 19, parágrafo 3.º, “d” da Convenção de Budapeste. Esta medida poderá revelar-se necessária, em nome da proteção ao interesse público, naquelas situações em que o livre acesso aos dados for prejudicial, implicando perigos ou efeitos nocivos à sociedade, como, por exemplo, quando os dados se referirem a instruções sobre como fabricar bombas ou explosivos, ou a *softwares* destinados à criação de vírus de computador, ou nos casos em que o conteúdo dos dados envolver pornografia infantil ou conteúdo racista ou xenofóbico. A Parte requerida poderá bloquear o acesso aos dados informáticos através do uso de quaisquer métodos técnicos disponíveis, como através da utilização de mecanismos de codificação, de que constitui exemplo, a criptografia. Cf. o item 198 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁴⁴ Cf. art. 19, parágrafo 3.º, “d” da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime. Vale ressaltar que a remoção dos dados não implica necessariamente em sua destruição, eliminação ou apagamento. Os dados são apenas retirados de um sistema informático e armazenados em um outro suporte, de forma a privar o seu titular e terceiros do acesso aos mesmos. Entretanto, o titular dos dados poderá tê-los de volta dependendo do resultado final da investigação ou do processo penal desenvolvido no Estado requerente. Cf. o item 198 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

sistemas informáticos, como por exemplo, mensagens de *e-mail* no momento em que estão sendo enviadas de um sistema informático a outro.⁵⁴⁵

Nos termos do parágrafo 3.º do artigo 31 da Convenção de Budapeste, um pedido de auxílio mútuo referente à busca ou acesso, apreensão ou obtenção e subsequente divulgação de dados armazenados, deverá ser atendido pela Parte requerida da forma mais célere possível nos casos em que: a) existirem fundados motivos para acreditar que os dados informáticos, objeto do pedido de auxílio mútuo, se encontrem particularmente vulneráveis à perda ou modificação⁵⁴⁶; ou b) quando os instrumentos internacionais sobre cooperação em matéria penal, acordos baseados na aplicação de legislação uniforme ou recíproca ou as leis internas da Parte requerida assim estabelecerem.

O parágrafo 2.º do artigo 31 da Convenção de Budapeste, estabelece que, o atendimento a um pedido de auxílio mútuo referente à busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados, realizar-se-á através da aplicação

⁵⁴⁵ Dados informáticos podem ser transmitidos ou armazenados por sistemas informáticos com, respectivamente, o envio e recebimento de *e-mails*. Tratam-se, portanto, de duas fases distintas: a de transmissão da mensagem e a do seu armazenamento. A este respeito, coloca-se a questão de saber se, uma mensagem de *e-mail* (correio eletrônico) ainda não aberta, em espera na caixa de correio eletrônico (*mailbox*) de um provedor de serviços da *Internet*, até que o respectivo destinatário efetue o *download* (descarregamento) do arquivo correspondente à mensagem, pode ser considerada como dados *armazenados* ou dados *em curso de transferência*. Ou seja, o problema resume-se à questão de saber se, em tal situação, a mensagem de *e-mail* pode ser enquadrada na categoria de dados armazenados (e, portanto, passível de busca e apreensão de dados) ou se deve ser considerada como parte integrante de uma *comunicação* ainda em andamento, e, portanto, exigindo a necessária aplicação da medida de “interceptação de dados de conteúdo”. A Convenção de Budapeste não traz uma solução expressa para a referida questão. O Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste apenas sugere às Partes que procedam a uma revisão em relação às suas respectivas leis internas de forma a determinar a solução mais apropriada de acordo com os respectivos sistemas jurídicos internos. Cf. item 190 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Entretanto, para o professor Roberto Chacon de Albuquerque, “durante a fase de armazenamento, os dados não podem ser objeto de interceptação, mas de busca e apreensão, de objetos intangíveis”. Pois, “nessa fase, eles experimentam um momento estático, ficam paralisados”. Diferentemente do que acontece na fase de transmissão, que “quer dizer movimento, no sentido de os *e-mails* serem passados adiante, de um *mailbox* para outro. Eles, durante essa fase, podem ser interceptados. O mesmo não pode ser dito dos dados armazenados em *mailboxes*”. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 95-96.

⁵⁴⁶ Poderá abranger situações em que os dados se encontrem sujeitos a curtos períodos de armazenamento, como, por exemplo, quando as práticas empresariais desencorajarem o armazenamento prolongado de dados por parte dos provedores de serviços, ou mesmo nos casos em que os dados são apagados automaticamente sempre que o suporte de armazenamento de dados atingir o seu limite de armazenamento, de forma a permitir o registro de outros dados mais recentes. Poderá também abranger aquelas situações que dizem respeito à verificação da não confiabilidade do provedor de serviços ou mesmo à maneira pouco segura por meio da qual os dados são armazenados. Cf. item 161 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

das normas dispostas, não apenas na Convenção de Budapeste, mas também nos instrumentos internacionais sobre cooperação em matéria penal e nos acordos baseados na aplicação de legislação uniforme ou recíproca, que forem aplicáveis às Partes, bem como nas leis internas da Parte requerida. O que significa que, os fundamentos de recusa e as condições à divulgação dos dados à Parte requerente serão, não apenas aqueles expressamente previstos no texto da Convenção de Budapeste, mas também aqueles estabelecidos em conformidade com as normas previstas nos instrumentos, acordos e leis supra citados.⁵⁴⁷

Por último, convém ainda esclarecer que o artigo 31 da Convenção de Budapeste aplica-se apenas aos dados armazenados em sistemas informáticos situados **no território da Parte requerida**, que, por intermédio de um pedido de auxílio mútuo, são obtidos em favor da Parte requerente. De forma que, não se trata aqui do acesso *on-line* direto – isto é, sem prévio pedido de auxílio mútuo – aos dados armazenados em sistemas informáticos situados no exterior. O acesso *on-line* direto aos dados armazenados em outros países é tratado no artigo 32 da Convenção de Budapeste e só poderá realizar-se em situações específicas. Trata-se, portanto, da possibilidade de obtenção de elementos probatórios situados no exterior⁵⁴⁸, sem o necessário recurso ao auxílio mútuo em matéria penal. Apesar de não se tratar propriamente de verdadeira modalidade de auxílio mútuo, o acesso *on-line* direto aos dados informáticos armazenados no exterior, igualmente merece, pela sua importância, alguns comentários.

Verifique-se que o artigo 32 da Convenção de Budapeste trata apenas de duas situações distintas em que a um Estado Parte é facultado o legítimo acesso e obtenção de

⁵⁴⁷ Cf. item 292 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁴⁸ As tecnologias da informação aliadas às telecomunicações permitem que seja possível, sob o ponto de vista técnico, colocar à disposição, *on-line*, dados informáticos em um país, estando armazenados em um outro, sobretudo no contexto das redes de computadores com estrutura transnacional, como a *Internet*.

dados armazenados em sistemas informáticos situados no território de um outro Estado Parte, sem a necessidade de recorrer-se à prévia formulação de um pedido de auxílio mútuo.⁵⁴⁹

De fato, a Convenção de Budapeste prevê, expressamente, a possibilidade do acesso *on-line* direto (isto é, na ausência de pedido de auxílio mútuo) aos dados armazenados em sistemas informáticos situados no exterior, em duas situações específicas. Assim, segundo o artigo 32, qualquer Estado Parte poderá, sem a autorização de outro Estado Parte: a) acessar dados armazenados em sistemas informáticos, cujo acesso esteja livremente facultado ao público em geral, independentemente de onde se encontrem localizados geograficamente (como, por exemplo, os dados armazenados em páginas da *Internet* com acesso franqueado ao público em geral⁵⁵⁰ e que não se encontrem protegidos por códigos ou senhas de acesso⁵⁵¹ ou outras medidas de segurança); e b) acessar ou receber, através de um sistema informático localizado em seu território, dados armazenados no território de uma outra Parte, desde que obtido o consentimento voluntário da pessoa com legitimidade jurídica para proceder à divulgação dos dados.

A questão de saber quando uma pessoa terá legitimidade jurídica para proceder à divulgação de dados informáticos nos termos supra citados, poderá variar em função das circunstâncias de cada caso concreto, da natureza da pessoa e das leis internas de cada Estado.⁵⁵² Assim é que, por exemplo, em se tratando de serviço de correio eletrônico (*web mail*), além de o usuário poder acessar livremente a sua *mailbox* para ler as mensagens

⁵⁴⁹ “**Article 32 – Trans-border access to stored computer data with consent or where publicly available.** *A Party may, without the authorisation of another Party: a) access publicly available (open source) stored computer data, regardless of where the data is located geographically; or b) access or receive, through a computer system in its territory, stored computer data located in another Party, if the Party obtains the lawful and voluntary consent of the person who has the lawful authority to disclose the data to the Party through that computer system*”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁵⁵⁰ A manutenção de uma *webpage* com acesso livre e franqueado ao público em geral, pressupõe o consentimento por parte do seu respectivo titular de que a mesma poderá ser acessada por qualquer outro usuário da *Internet*. Cf. o item 48 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁵¹ Dados informáticos aos quais se obtém acesso mediante pseudo-senhas, de conhecimento geral, também devem ser considerados de livre acesso. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 96.

⁵⁵² Cf. o item 294 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

(*e-mails*) recebidas, também estará livre para divulgar os dados ou informações correspondentes ao conteúdo das mensagens, ou voluntariamente permitir-lhes o acesso de outrem, ainda que as referidas mensagens encontrem-se armazenadas alhures, em um provedor de serviços situado fisicamente no território de um outro Estado.

Entretanto, convém não olvidar que, nem sempre a pessoa que detém autorização de acesso⁵⁵³ aos dados armazenados em um sistema informático, poderá divulgá-los a outrem. Assim é o caso do administrador de um sistema informático, que como tal, geralmente estará devidamente autorizado a acessar todos os dados armazenados no sistema, visando atender às necessidades próprias de sua manutenção e de seu correto funcionamento. No entanto, a autorização de acesso do administrador em relação aos dados do sistema, não implica um reconhecimento jurídico de poderes arbitrários, uma vez que a autorização de acesso é meramente operacional e se limita às necessidades próprias de manutenção do sistema. Dessa forma, os atos do administrador no uso da autorização de acesso ao sistema só serão legítimos quando necessários para a correta operação do sistema. Ainda que tecnicamente ele tenha permissão para acessar dados armazenados no sistema, juridicamente sua autorização estará limitada à necessidade e aos fins deste acesso, não estando autorizado a divulgá-los a outrem. Da mesma forma, todo e qualquer acesso do administrador que não vise às atividades de operação e manutenção próprias do sistema deve ser considerado um

⁵⁵³ Neste ponto é preciso distinguir o que a doutrina entende por *permissões de acesso* e *autorização de acesso*. Para Túlio Lima Vianna, permissões de acesso são atributos que controlam o acesso aos arquivos e diretórios de um sistema informático. As permissões podem ser de leitura, escrita ou execução (esta última no caso de programas de computador) e cada usuário do sistema poderá usufruir de diferentes níveis de acesso em relação aos vários arquivos e diretórios do sistema. Diferentes usuários de um sistema poderão ter níveis de permissão diversos para cada arquivo armazenado no sistema. Suponha-se um arquivo de texto qualquer, armazenado em um sistema informático. Alguns usuários poderão ter permissão para lê-lo, porém sem a possibilidade de alterá-lo, enquanto outros poderão ter permissão de leitura e escrita, podendo lê-lo e modificá-lo (acrescentar, modificar ou mesmo apagar conteúdo); e também, eventualmente, poderão existir usuários sem qualquer permissão de acesso ao arquivo mencionado. Assim, por exemplo, quando acessamos uma página na *Internet*, este acesso se dá com permissão somente para leitura, não havendo, pois, permissão para que efetuem qualquer modificação em seu conteúdo. Por outro lado, *autorização de acesso* é a legitimidade jurídica para acessar determinados dados em um sistema informático. A autorização de acesso diferencia-se da permissão de acesso, no sentido de que nesta, a pessoa ostenta meramente o poder de fato de acessar os dados, muito embora possa não ter autorização jurídica para fazê-lo. Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53.

“excesso no acesso autorizado” ao sistema informático.⁵⁵⁴ Neste caso a conduta do administrador do sistema extrapola os limites da sua autorização de acesso.

Enfim, com exceção das hipóteses expressamente definidas no artigo 32 da Convenção de Budapeste, o acesso *on-line* direto aos dados armazenados em sistemas informáticos situados no território de outros Estados pode ser encarado como uma violação à soberania do país onde os dados se encontrem armazenados, infringindo a prerrogativa exclusiva das autoridades nacionais competentes de levar a cabo investigações e procedimentos criminais em seu próprio território. Segundo o professor Roberto Chacon de Albuquerque, “tais princípios não deveriam ser colocados em risco pela repressão à criminalidade informática”.⁵⁵⁵

3.4.1.3 “Divulgação expedita de dados de tráfego preservados”

É freqüente constatar-se a participação de vários provedores de serviços, situados em mais de um país, envolvidos no processo de transmissão de comunicações informáticas. Sobretudo no âmbito da *Internet* esta situação é particularmente comum em virtude do elevado grau de complexidade inerente aos processos de comunicação que se desenvolvem nessa rede. Portanto, cada um dos provedores de serviços, envolvidos em um determinado processo de comunicação, geralmente terá em sua posse ou sob o seu controle, apenas uma parte dos dados de tráfego relativos à transmissão de determinada comunicação.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 54.

⁵⁵⁵ ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 68.

⁵⁵⁶ Os dados de tráfego relativos a uma determinada comunicação informática, tanto podem ter sido gerados e armazenados pelos referidos provedores de serviços no instante da passagem da comunicação através dos seus respectivos sistemas, como também podem ter sido fornecidos por outros provedores de serviços devido a razões diversas. Esclareça-se que, por vezes, os dados de tráfego ou, pelo menos, alguns tipos de dados de tráfego, são comumente “partilhados” entre os provedores de serviços, para fins comerciais, técnicos ou de segurança. Cf. item 167 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Marcelo Cardoso Pereira nos

O conjunto desses dados de tráfego relativos a uma comunicação informática poderá revelar importantes elementos de prova, que sejam úteis no contexto de uma determinada investigação ou procedimento penal, uma vez que, através dos dados de tráfego relativos a uma comunicação informática é possível determinar a origem, o destino e a trajetória completa da comunicação, com a identificação do número da linha telefônica (em se tratando de acesso através de linha discada) ou da “linha de assinante digital” (*DSL – Digital Subscriber Line*, em se tratando de acesso “banda larga”), o endereço do protocolo IP atribuído pelo provedor de serviços, também a data e o horário do início (*log-in*) e do fim (*log-off*) do estabelecimento da conexão com o servidor, o tipo de serviço utilizado (*e-mail*, *World Wide Web*, *chat* etc.), a quantidade de *bytes* transmitidos etc.

De forma que, poderá ser necessário, no contexto de investigações ou procedimentos penais, lograr a preservação ou a busca e apreensão do inteiro conjunto dos dados de tráfego, relativos a uma determinada comunicação informática, junto a cada um dos distintos provedores de serviços envolvidos no processo de transmissão da comunicação.

O artigo 30 da Convenção de Budapeste estabelece então, que, se durante a execução de uma medida de preservação de dados, solicitada nos termos do artigo 29, o Estado Parte requerido constatar o envolvimento, no processo de transmissão da comunicação, de outros provedores de serviços, situados em um terceiro Estado ou mesmo no próprio território do Estado Parte requerente, deverá divulgar, de imediato, a este, uma quantidade suficiente de dados de tráfego, relativos àquela comunicação específica, que sejam necessários para a identificação dos outros provedores de serviços envolvidos na transmissão da comunicação e a respectiva trajetória desta (parágrafo 1.º).

esclarece que os provedores de serviços da *Internet* frequentemente utilizam tais dados para diversos fins, inclusive para elaboração de perfis pessoais dos usuários da referida rede, acerca de seus comportamentos de “navegação” na rede, como por exemplo, as páginas *web* visitadas, os temas mais pesquisados nas ferramentas de busca *on-line*, o tempo médio de conexão à rede etc. Com base em tais informações os provedores poderão traçar um perfil completo sobre as preferências, hábitos e desejos dos usuários, utilizando tais informações para o direcionamento de campanhas publicitárias a grupos específicos de usuários dos serviços *on-line*. Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 225-227.

A célere divulgação dos referidos dados de tráfego (em uma quantidade suficiente para identificar os provedores de serviços envolvidos no processo de comunicação) permitirá, então, à Parte requerente, solicitar auxílio mútuo para a preservação ou para a busca e apreensão do restante dos dados de tráfego que se encontrem na posse ou sob o controle dos outros provedores de serviços situados alhures, ou, tratando-se de dados armazenados em outros provedores de serviços situados em seu próprio território, poderá lograr a preservação ou a busca e apreensão dos dados através da aplicação dos procedimentos internos análogos, previstos nos artigos 16 a 19 da Convenção de Budapeste.

Dessa forma, as autoridades competentes da Parte requerente terão os subsídios necessários para identificar o(s) autor(es) e a(s) vítima(s) de determinada infração penal porventura praticada no âmbito da rede, além das provas e elementos necessários para a instauração de procedimentos penais contra os autores da conduta delituosa.

Conforme o disposto no parágrafo 2.º do artigo 30, a Parte requerida apenas poderá deixar de proceder à divulgação dos dados de tráfego acima mencionados, se isto puder acarretar prejuízos à sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais, ou quando tratar-se de uma infração de natureza política ou de uma infração comum conexa a uma infração política.

Note-se, então, que, os dados de tráfego a que se refere o artigo em questão encontram-se sujeitos a um regime específico de divulgação de dados armazenados, diferente do “regime geral” previsto pelo artigo 31, relativo à busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e subsequente divulgação de dados informáticos armazenados.

O regime de divulgação de dados previsto pelo artigo 31, permite à Parte requerida invocar outros fundamentos de recusa além daqueles referentes à soberania, ordem pública, outros interesses essenciais, crime político ou conexo. Observe-se que a norma do parágrafo 2.º do artigo 31 estabelece que, o atendimento a um pedido de busca ou acesso,

apreensão ou obtenção e subsequente divulgação de dados informáticos armazenados (sejam dados de tráfego, dados de conteúdo ou dados relativos à subscrição de serviços) realizar-se-á em conformidade com as normas previstas nos instrumentos internacionais sobre cooperação em matéria penal, acordos baseados na aplicação de legislação uniforme ou recíproca e nas leis internas da Parte requerida.⁵⁵⁷

Dessa forma, enquanto o artigo 31 da Convenção de Budapeste estabelece um regime aplicável à divulgação de dados informáticos armazenados (tanto dados de tráfego, dados de conteúdo ou dados relativos à subscrição de serviços), o artigo 30 contempla um outro regime de divulgação, paralelo àquele previsto no artigo 31, aplicável especificamente à divulgação de dados de tráfego armazenados, nas hipóteses em que constatar-se o envolvimento de outros provedores de serviços no processo de transmissão da comunicação.

Creemos que os redatores da Convenção de Budapeste poderiam ter agido com maior cautela antes de impor à Parte requerida a obrigação de divulgação de dados de tráfego nos moldes estabelecidos pelo artigo 30, uma vez que, apesar de reconhecermos que grande parte dos dados de tráfego, ao se relacionarem apenas a informações vagas e impessoais como a data, o horário, a duração ou a quantidade de caracteres transmitidos e recebidos pelos sistemas informáticos, revelam pouca ou quase nenhuma informação de natureza íntima ou de carácter “sensível” sobre a pessoa a quem dizem respeito – o mesmo não se dá em se tratando de dados de tráfego relativos à origem e ao destino da comunicação (como por exemplo, as páginas ou *sites* da *Internet* visitados pelo usuário). Nestes casos, os dados de tráfego, objeto de necessária divulgação pela Parte requerida, nos termos do artigo 30, podem efetivamente revelar variados aspectos, particularmente “sensíveis”, da intimidade e da vida privada da pessoa a quem dizem respeito, permitindo, inclusive, em determinadas

⁵⁵⁷ “**Article 31 – Mutual assistance regarding accessing of stored computer data.** [...] 2. *The requested Party shall respond to the request through the application of international instruments, arrangements and laws referred to in Article 23, and in accordance with other relevant provisions of this chapter*”. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

situações, a composição de um perfil completo da pessoa em questão. Com base nos endereços *on-line* visitados, pode-se saber em que banco o usuário mantém uma conta, quais as lojas *on-line* mais visitadas e os serviços mais procurados no âmbito da rede, se o usuário costuma utilizar-se de *chats* ou outros serviços *on-line*, *sites* de relacionamento etc. Portanto, observe-se que, com base em tais informações, é possível compor um perfil completo do usuário em relação aos seus hábitos, interesses, aspirações e desejos mais íntimos.

Dessa forma, vemos com algumas reservas a norma do parágrafo 2.º do artigo 30 da Convenção de Budapeste, uma vez que, estabelece um regime paralelo de divulgação de dados, mas não oferece à Parte requerida as mesmas faculdades de recusa admissíveis em sede do regime de divulgação de dados previsto pelo artigo 31.

3.4.1.4 “Coleta em tempo real de dados de tráfego”

Conforme anteriormente mencionado, os redatores da Convenção de Budapeste trataram de adaptar os mecanismos legais tradicionais de “interceptação de telecomunicações” à nova realidade do moderno contexto tecnológico dos processos de comunicação entre redes e sistemas informáticos. Para atender a esta finalidade, foram criadas as medidas de “coleta em tempo real de dados de tráfego” (artigo 33) e “interceptação de dados de conteúdo” (artigo 34).

Os procedimentos tradicionais relativos à “interceptação de telecomunicações” ocorrem, necessariamente, no âmbito das redes de telecomunicação⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ Para Ferreira, rede de telecomunicações, é o “conjunto de linhas de comunicação interligadas por dispositivos (pontos da rede) capazes de receber uma mensagem e fazê-la transitar por estes canais de comunicação, para que, partindo de um ponto de origem, chegue ao seu destino”. E telecomunicação é o “processo de comunicação a longa distância que utiliza como meio de transmissão linhas telegráficas, telefônicas, satélites ou microondas”. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM. Para o professor Roberto Chacon de Albuquerque, “redes de telecomunicação são os meios que proporcionam o transporte de imagens, impulsos, informação, sinais, sons, o complexo de medidas e mecanismos que tornam a comunicação possível entre pessoas a certa distância, através de sistemas informáticos, telefone, telégrafo, telex”. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 50. A Lei brasileira

Estas redes podem constituir-se de infra-estruturas formadas por cabos fixos (cabos metálicos ou fibras ópticas), terrestres ou submarinos, bem como de interligações com redes sem fio (*wireless*), incluindo sistemas de telecomunicação móvel (celulares) e sistemas de transmissão por microondas.

As redes de computadores também podem consistir em infra-estruturas de cabos fixos ou redes sem fio, passíveis de operar de forma independente das redes de telecomunicação. Entretanto, constata-se que as redes de computadores são mais frequentemente operadas através de conexões feitas com as infra-estruturas de telecomunicação existentes, permitindo, assim, a criação de verdadeiras redes informáticas de dimensão global, formadas pela interconexão de várias redes menores. A *Internet* é o exemplo mais corriqueiro desse fenômeno.⁵⁵⁹

Devido à convergência entre as tecnologias da informática e da telecomunicação, torna-se pouco nítida a distinção entre as telecomunicações e as comunicações informáticas, bem como a separação de suas respectivas infra-estruturas. Neste sentido, é que as medidas de “coleta em tempo real de dados de tráfego” (artigo 33) e de “interceptação de dados de conteúdo” (artigo 34), aplicam-se, portanto, às comunicações transmitidas por meio de um sistema informático, o que poderá incluir tanto a transmissão de comunicações através das estruturas próprias de redes informáticas específicas, bem como em conjunto com as infra-estruturas já existentes das redes de telecomunicação.

n. 9.472, de 16 de Julho de 1997, também trata da matéria, nestes termos: “[...] § 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. § 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis”. Cf. BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de Julho de 1997*: dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=367735&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 12/09/2007.

⁵⁵⁹ Cf. o item 206 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

O artigo 33 da Convenção de Budapeste prevê, então, o auxílio mútuo no que diz respeito à “coleta em tempo real de dados de tráfego” relativos às comunicações transmitidas por meio de um sistema informático. Trata-se, portanto, da coleta de dados de tráfego relativos às comunicações em andamento, ou seja, durante o processo de transmissão da comunicação – em tempo real.⁵⁶⁰

O procedimento de coleta não interfere significativamente no fluxo normal dos dados, permitindo que a comunicação chegue normalmente ao seu destino. Apenas realiza-se um registro (uma cópia) dos dados que estão sendo transmitidos através da comunicação informática. A coleta de tais elementos ocorre apenas durante um determinado período de tempo relativo à duração das comunicações previamente especificadas no pedido de auxílio mútuo.⁵⁶¹

O parágrafo 1.º do artigo 33 da Convenção de Budapeste, faz referência às “comunicações”, no plural, uma vez que poderá ser necessário coletar dados de tráfego relativos a mais de uma comunicação que estejam sendo transmitidas ao mesmo tempo. Entretanto, a Parte requerente deverá especificar, no pedido de auxílio mútuo, as comunicações, relativamente às quais deseja que os dados de tráfego sejam coletados pela Parte requerida.⁵⁶²

Dessa forma, a Convenção de Budapeste não autoriza a coleta geral e indiscriminada de grandes quantidades de dados de tráfego relativos a comunicações não previamente especificadas. A Convenção de Budapeste não autoriza a realização das denominadas “*fishing expeditions*” (“missões de exploração”), através das quais se realiza a

⁵⁶⁰ Portanto, diferentemente do procedimento de “busca ou acesso e apreensão ou obtenção de dados informáticos” (art. 31) – que se refere à obtenção de dados já previamente armazenados, relativos a acontecimentos passados – a medida de coleta em *tempo real* de dados de tráfego realiza-se sempre em relação a fatos ou condutas em andamento, isto é, que estão acontecendo no momento da execução da medida.

⁵⁶¹ Cf. o item 208 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁶² Note-se que o parágrafo 1.º do art. 33 da Convenção de Budapeste se refere à “[...] *real-time collection of traffic data associated with specified communications* [...]” [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

coleta aleatória de dados, esperando-se encontrar indícios da prática de atividades criminosas.⁵⁶³

Ao abrigo do disposto no parágrafo 1.º do artigo 33, cada Estado Parte deverá prestar auxílio mútuo no que se refere à “coleta em tempo real de dados de tráfego relativos a comunicações específicas **em seu território** [...]” [grifos nossos].

A norma citada refere-se à obrigação da Parte requerida de prestar auxílio mútuo no que diz respeito à coleta em tempo real de dados de tráfego relativos a comunicações informáticas realizadas em seu respectivo território. Para os propósitos da Convenção de Budapeste, considera-se que uma determinada comunicação informática realiza-se no território de um Estado, se um dos pólos da comunicação (o sistema informático de origem ou o sistema informático de destino da comunicação) estiver situado no referido território, ou ainda, se o equipamento informático ou de telecomunicação, responsável pela transmissão da comunicação, estiver localizado no referido território.⁵⁶⁴

Dessa forma, a Parte requerida apenas estará obrigada a efetuar a coleta em tempo real de dados de tráfego, porventura solicitada pela Parte requerente, quando algum dos elementos intervenientes no processo de comunicação informática estiver situado em seu próprio território: o sistema informático de origem da comunicação; o sistema informático de destino da comunicação; ou o sistema informático ou de telecomunicação responsável pela transmissão da comunicação.⁵⁶⁵

Note-se que o parágrafo 1.º do artigo 33 da Convenção de Budapeste, afirma que a prestação de auxílio mútuo relativo à coleta em tempo real de dados de tráfego regular-se-á pelas “condições” e “procedimentos” previstos pelo direito interno da Parte requerida. Isto quer dizer que os fundamentos de recusa não se restringirão àqueles expressamente

⁵⁶³ Cf. item 219 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁶⁴ Cf. item 222 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁶⁵ Os dados transmitidos via *Internet* são registrados tanto no sistema informático de origem como nos sistemas de transmissão e destino da comunicação. Cf. ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 17.

previstos pela Convenção de Budapeste no parágrafo 4.º do seu artigo 27.⁵⁶⁶ A Parte requerida poderá, então, invocar outros motivos, porventura previstos em seu direito interno, para recusar-se a cooperar no tocante à coleta em tempo real de dados de tráfego.

Atente-se ainda que a norma em questão estabelece mesmo que, até os “procedimentos”⁵⁶⁷ a serem seguidos quando da execução de um pedido de auxílio mútuo relativo à coleta em tempo real de dados de tráfego, serão aqueles previstos pelas leis internas do Estado requerido. Isto quer dizer que, em se tratando de medida de coleta em tempo real de dados de tráfego, não será concedida à Parte requerente sequer a faculdade de especificar determinados procedimentos ou formalidades a serem observadas pela Parte requerida quando da execução de um pedido de auxílio mútuo referente à medida em questão.⁵⁶⁸ Pois, neste caso, todos os procedimentos a serem seguidos no atendimento ao pedido de auxílio mútuo serão necessariamente aqueles expressamente previstos na lei interna da Parte requerida.

⁵⁶⁶ “Article 27 [...] 4. The requested Party may, in addition to the grounds for refusal established in Article 25, paragraph 4, refuse assistance if:

a) the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence, or

b) it considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. Convention on Cybercrime. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁵⁶⁷ O termo “procedimentos” (*procedures*) é aqui empregado no sentido de mera “forma de execução do ato” ou “formalidades” que o Estado requerente poderá solicitar que sejam cumpridas pelo Estado requerido quando do atendimento a um pedido de auxílio mútuo. Não se confunde, portanto, com a expressão “procedimentos penais” (*proceedings*), por vezes utilizada na presente dissertação. Sobre o assunto, conferir o título “direito aplicável” constante da presente dissertação.

⁵⁶⁸ Observe-se que a regra geral constante do parágrafo 3.º do artigo 27 da Convenção de Budapeste, concede à Parte requerente a faculdade de especificar “procedimentos” a serem observados pela Parte requerida, quando do atendimento a um pedido de auxílio mútuo nos termos da Convenção de Budapeste, *in verbis*: “Article 27 – Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements. [...] 3. Mutual assistance requests under this article shall be executed in accordance with the procedures specified by the requesting Party, except where incompatible with the law of the requested Party”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. Convention on Cybercrime. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006. Mas, observe-se também que a referida norma constitui regra geral inserida no Título 4 (“procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis”) da Seção 1 (“princípios gerais”) do Capítulo III da Convenção de Budapeste, podendo ser excepcionada pelas “disposições específicas”, relativas a cada uma das formas de auxílio mútuo presentes na Seção 2 do referido Capítulo da Convenção de Budapeste, de que a norma do parágrafo 1.º do artigo 33 faz parte.

3.4.1.5 “Interceptação de dados de conteúdo”

A interceptação do conteúdo de telecomunicações – especialmente das conversas telefônicas – têm sido frequentemente utilizada como uma importante ferramenta para a investigação criminal nos casos de condutas delituosas tradicionais como, por exemplo, corrupção, extorsão, ameaças, crimes contra a honra, tráfico de entorpecentes, estelionato etc.

Para atender às demandas atuais do efetivo combate à criminalidade informática, os redatores da Convenção de Budapeste trataram de estabelecer um mecanismo legal análogo para a interceptação do conteúdo de “comunicações informáticas”.

Note-se que a interceptação do conteúdo de comunicações informáticas reveste-se de uma importância ainda maior, comparativamente à interceptação de telecomunicações, pois, tendo em vista que a tecnologia informática permite a transmissão de vastas quantidades de dados – incluindo não só a transmissão de voz, mas também de textos, imagens e sons – verifica-se que há também um maior potencial para a prática de atos danosos envolvendo, por exemplo, a distribuição de materiais relativos à pornografia infantil, de natureza racista ou xenofóbica, instruções sobre como fabricar bombas e explosivos, vírus informáticos etc. Esta realidade torna-se ainda especialmente preocupante no contexto das grandes redes informáticas, como a *Internet*, considerando-se a enorme capacidade de disseminação de conteúdos no âmbito dessa rede.

O artigo 34 da Convenção de Budapeste prevê, então, que cada Estado Parte deverá prestar auxílio mútuo no que se refere à interceptação de dados relativos ao conteúdo das comunicações transmitidas por meio de um sistema informático.

O termo “interceptação” refere-se à captação, escuta, monitoramento ou vigilância do conteúdo das comunicações em curso de transmissão entre sistemas

informáticos. A “interceptação” envolve ainda a realização de um registro ou gravação do conteúdo das comunicações informáticas interceptadas.⁵⁶⁹

Segundo Ada Pellegrini Grinover,

[...] embora, etimologicamente, interceptar⁵⁷⁰ (de *inter* e *capio*) tenha o sentido de deter na passagem e, conseqüentemente, de impedir que alguma coisa chegue ao seu destino, entende a doutrina, por interceptação telefônica, a escuta direta e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento mesmo em que se desenvolve, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores.⁵⁷¹

De fato, conforme nos informa Lopes da Silva, há uma tendência doutrinária em reconhecer que o verbo “interceptar” significa captar, tomar conhecimento, conhecer o conteúdo de comunicações.⁵⁷² Assim, pode-se trazer à colação a manifestação de Luiz Flávio Gomes sobre a matéria, ao tratar da lei brasileira n. 9.296/96⁵⁷³:

[...] do ponto de vista jurídico (mais precisamente na Lei 9.296/96), a palavra ‘interceptação’ não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma ‘comunicação telefônica’ não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na Lei, a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.⁵⁷⁴

No contexto da “interceptação de dados de conteúdo”, prevista pela Convenção de Budapeste, o termo “interceptação” é utilizado também neste mesmo sentido.

⁵⁶⁹ Entretanto, registre-se que a Parte requerente poderá, por vezes, solicitar apenas o controle das comunicações, não sendo necessário a realização de um registro ou gravação da comunicação interceptada.

⁵⁷⁰ “Interceptar: [De intercepto + -ar².] V. t. d. 1. Interromper no seu curso; deter ou impedir na passagem; 2. Cortar, interromper; 3. Reter, deter, empolgar (o que era destinado a outrem); 4. Servir de, ou constituir obstáculo a”. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico*: século XXI. São Paulo: Nova Fronteira. Versão 3.0. Novembro de 1999. CD-ROM.

⁵⁷¹ *Apud* ROQUE, Sérgio Marcos. Crimes de informática e investigação policial. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (coord.). *Justiça penal: críticas e sugestões: justiça criminal moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 7, p. 322-323.

⁵⁷² SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

⁵⁷³ A lei brasileira n. 9.296, de 24 de julho de 1996, aplica-se à “interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática” (art. 1.º, parágrafo único), regulamentando, portanto, o inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Cf. BRASIL. *Lei n. 9.296, de 24 de Julho de 1996*: regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=349049&se qTexto=1&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 09/05/2007.

⁵⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*: lei n. 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

O termo “dados de conteúdo” refere-se ao conteúdo informativo da comunicação, isto é, o significado ou o teor da comunicação; ou melhor, a mensagem ou informação transmitida pela comunicação.

Observe-se que, reconhecendo o elevado grau de violação da privacidade inerente à devassa do conteúdo de comunicações informáticas, a Convenção de Budapeste tratou de expressamente remeter à exclusiva conta dos tratados internacionais aplicáveis e às leis internas da Parte requerida, a questão da delimitação da obrigação de prestar auxílio mútuo no que diz respeito à interceptação de dados de conteúdo.⁵⁷⁵

Segundo o artigo 34 da Convenção de Budapeste, as Partes terão a obrigação de prestar auxílio mútuo, no tocante à interceptação de dados de conteúdo, apenas até o limite permitido pelos tratados internacionais aplicáveis e pelas suas respectivas leis internas. Note-se, portanto, que a obrigação de prestar auxílio mútuo, em relação à interceptação de dados de conteúdo, encontra-se limitada pelos termos dos tratados internacionais aplicáveis e pela lei interna da Parte requerida.⁵⁷⁶

A Convenção de Budapeste não estabelece nenhuma restrição ou obrigação no que concerne aos meios técnicos a serem empregados para a realização de interceptação de dados de conteúdo. De forma que, a Parte requerida estará livre para escolher os meios mais apropriados para realizar a interceptação do conteúdo de suas comunicações informáticas, que, por exemplo, poderá ser realizada através da utilização de dispositivos eletromagnéticos, acústicos, mecânicos ou outros dispositivos específicos de espionagem, monitoramento ou de escuta eletrônica. Os meios técnicos podem incluir equipamentos ligados a linhas de transmissão, bem como dispositivos para coletar e gravar comunicações transmitidas por infra-estruturas de redes sem fio (*wireless*) etc.

⁵⁷⁵ Cf. o item 297 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁷⁶ Assim é que, os *fundamentos de recusa* e as *condições* a serem impostas para o atendimento a um pedido de auxílio mútuo referente à interceptação de dados de conteúdo serão aquelas consubstanciadas nos tratados aplicáveis e nas leis internas da Parte requerida.

3.4.1.6 Intercâmbio espontâneo de informações

A Convenção de Budapeste também pretende incentivar os Estados a prestar auxílio mútuo, ainda que na ausência de um pedido prévio, estabelecendo, em seu artigo 26, uma base jurídica para o intercâmbio espontâneo de informações entre os seus Estados Partes.

Assim, conforme o disposto no parágrafo 1.º do artigo 26, qualquer Estado Parte poderá, dentro dos limites do que o permitir a sua respectiva legislação interna, transmitir, espontaneamente (isto é, sem que tal lhe tenha sido previamente solicitado), a um outro Estado Parte, informações obtidas como resultado de suas próprias investigações.⁵⁷⁷

As referidas informações poderão, assim, ajudar o Estado Parte que as receber, a iniciar ou a concluir investigações ou procedimentos criminais em curso, ou ainda, fornecer-lhe os subsídios necessários à formulação de um pedido de auxílio mútuo, ao abrigo da Convenção de Budapeste.

Note-se que, neste ponto, a Convenção de Budapeste não impõe quaisquer obrigações aos Estados Partes; estes poderão exercer livremente a discricionariedade no tocante ao fornecimento de informações a um outro Estado Parte, nos termos do artigo 26, tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso em particular, bem como os limites impostos pelas suas respectivas leis internas.⁵⁷⁸

⁵⁷⁷ Note-se que a previsão do “intercâmbio espontâneo de informações” também consta em outros instrumentos internacionais adotados pelo Conselho da Europa, como no artigo 10 da Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (adotada em 8 de novembro de 1990), no artigo 28 da Convenção Penal sobre a Corrupção (adotada em 27 de janeiro de 1999) e no art. 11 do Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (adotada em 8 de novembro de 2001). No âmbito da União Européia, encontra-se previsto no artigo 7.º da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia (adotada em 29 de maio de 2000). E no âmbito da ONU se faz presente no artigo 18, parágrafo 4.º, da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e no artigo 46, parágrafo 4.º, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

⁵⁷⁸ Isto significa que, as autoridades competentes de um Estado Parte, ao decidirem sobre o fornecimento espontâneo de informações a um outro Estado, deverão sempre levar em conta os limites impostos pela sua legislação interna, nas circunstâncias concretas de cada caso em particular. A norma do artigo 26 da Convenção de Budapeste não isenta, portanto, as autoridades competentes dos Estados Partes, de obedecerem aos mandamentos e limites impostos pela sua lei interna no tocante ao fornecimento de informações a um Estado estrangeiro.

3.4.1.7 O auxílio mútuo no âmbito da Rede 24/7

A Convenção de Budapeste prevê, em seu artigo 35, o estabelecimento de uma rede integrada de “pontos de contato” designados pelos Estados Partes, para fins de auxílio mútuo. Cada Estado Parte terá, então, a obrigação de designar um “ponto de contato”, localizado em seu respectivo território.

A criação dessa rede de “pontos de contato” baseia-se no modelo já implementado sob os auspícios do G-8 (grupo de países mais industrializados), denominada *G-8 24 Hours Point of Contact Network for High-Tech Cases* vinculada ao *G-8 Subgroup on High-tech Crime*.⁵⁷⁹

Os pontos de contato designados por cada Estado Parte deverão permanecer efetivamente disponíveis 24 (vinte e quatro) horas por dia, durante todos os dias da semana, com o objetivo de conferir maior eficácia e celeridade à prestação da assistência entre os Estados Partes. Dessa forma, a rede funcionará, então, como um canal suplementar de comunicação entre as Partes, para lograr, na medida do possível, uma imediata prestação de auxílio mútuo nos limites das atribuições de cada ponto de contato de cada uma das Partes.

A cada ponto de contato caberá, tanto as atribuições de mera facilitação, como também, se permitido pelo direito interno das Partes, a execução direta (isto é, sem a intervenção de outras autoridades), das seguintes medidas: a) a prestação de aconselhamento

⁵⁷⁹ Cf. item 298 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Vale salientar que o Brasil já é membro da referida rede criada sob os auspícios do G-8, sendo o Serviço de Perícias em Informática (SEPINF) do Departamento de Polícia Federal o “ponto de contato” brasileiro na rede. Cf. SILVA, Paulo Quintiliano da. *Cooperação policial internacional no combate aos crimes cibernéticos*. Disponível em: http://www.modulo.com.br/pdf/iccyber_paulo.pdf. Acesso em: 21/10/2006. Por isso, é provável que, se o Brasil vier a aderir à Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, aquele órgão seja também designado o nosso ponto de contato na rede 24/7 instituída pela referida Convenção. Uma outra opção igualmente plausível seria o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado por meio do Decreto n. 4.991, de 18 de fevereiro de 2004, que está subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça, e que já figura como Autoridade Central para o intercâmbio de informações e de pedidos de auxílio mútuo em matéria penal na maioria dos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

técnico; b) a preservação de dados; c) a coleta de provas; d) o fornecimento de informações sobre o direito; e e) a localização de suspeitos (parágrafo 1.º do art. 35).

A prestação de aconselhamento técnico refere-se ao auxílio mútuo no que diz respeito ao fornecimento de instruções de índole essencialmente técnica, como forma de, por exemplo, fornecer subsídios ao Estado requerente para impedir ou obstar a prática de invasões ou ataques repentinos aos seus sistemas informáticos ou a destruição de importantes dados armazenados etc.

O fornecimento de informações sobre o direito compreende a prestação de informações sobre a legislação vigente no Estado requerido, isto é, sobre o texto, vigência, sentido e alcance legal do direito interno da Parte requerida, como meio de informar à Parte requerente sobre os pré-requisitos e condições exigidos para a prestação do auxílio mútuo. De forma que, geralmente, não é considerado suficiente apenas o envio de mera cópia de textos legais à Parte requerente, mas é mister a prestação de informações gerais sobre o funcionamento do sistema jurídico, suas instituições, as normas que podem operar na efetivação da pena, sejam as normas gerais sobre cálculo e os institutos que incidem, tais como circunstâncias agravantes e atenuantes ou pertinentes à possibilidade de suspensão processual ou de *sursis* etc.⁵⁸⁰

O auxílio mútuo no que se refere à “localização de suspeitos” destina-se geralmente à obtenção do endereço ou local de residência de pessoa que esteja sendo investigada no Estado requerente, com vistas à realização de citação para instauração de processo penal naquele Estado.

Estas modalidades de auxílio mútuo não envolvem a adoção de tramitação ou procedimentos específicos, de forma que podem ser prestadas de maneira flexível e informal entre as autoridades competentes dos Estados Partes.

⁵⁸⁰ Cf. SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 144.

Cada Parte disporá de total liberdade para determinar o posicionamento do seu “ponto de contato” no seio da estrutura de seus órgãos estatais competentes. Assim, as Partes poderão designar os pontos de contato junto às suas autoridades centrais, ou mesmo junto às unidades policiais especializadas no combate aos crimes informáticos, ou ainda em outros órgãos governamentais, dependendo do sistema jurídico de cada Estado em questão.⁵⁸¹

Vale salientar que a prestação do auxílio mútuo, diretamente⁵⁸² através dos respectivos pontos de contato das Partes no âmbito da referida rede, só será possível na medida em que não contrariar as leis e práticas internas dos Estados. Caso contrário, cada ponto de contato deverá estar apto a comunicar-se de maneira fluente com a Autoridade Central ou com a(s) autoridade(s) competente(s) para a execução das medidas solicitadas, a fim de coordenar a prestação do auxílio mútuo com celeridade (parágrafo 2.º, alínea “b”).

Para um bom funcionamento da rede, cada ponto de contato deverá dispor da capacidade técnica necessária para comunicar-se com os demais pontos de contato das outras Partes, de forma célere (parágrafo 2.º). Para isso, cada Estado Parte deverá, então, assegurar a disponibilidade de pessoal equipado e bem treinado (parágrafo 3.º), com recurso aos modernos meios de comunicação (computador, *fax*, celulares, etc.).⁵⁸³

3.4.2 Âmbito de aplicação

O âmbito geral da obrigação de cooperar, nos termos da Convenção de Budapeste, foi expressamente delimitado pelo artigo 23, intitulado “princípios gerais relativos à cooperação internacional” – aplicável tanto à extradição como ao auxílio mútuo – e, no que se refere especificamente ao auxílio mútuo, pelo parágrafo 1.º do art. 25, ao estabelecer que

As Partes prestarão entre si, auxílio mútuo, na medida mais ampla possível, para fins de investigações ou procedimentos relativos a infrações penais

⁵⁸¹ Cf. item 300 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁸² Isto é, sem a necessária intervenção de outra autoridade competente para a prestação do auxílio mútuo.

⁵⁸³ Cf. item 302 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

relacionadas com dados e sistemas informáticos, ou para a coleta de provas, sob a forma eletrônica, de uma infração penal.⁵⁸⁴

Em primeiro lugar, a norma refere-se ao “auxílio mútuo, na medida mais ampla possível, para fins de investigações ou procedimentos relativos a infrações penais relacionadas com dados e sistemas informáticos [...]”.

A expressão “infrações penais relacionadas com dados e sistemas informáticos”, refere-se não apenas àquelas infrações penais que constam expressamente dos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste⁵⁸⁵, mas também a quaisquer outras infrações penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, o que pode abranger tanto aquelas condutas em que o sistema informático é utilizado como instrumento para a prática de um crime, como aquelas condutas em que o sistema informático ou os dados nele armazenados, processados ou transmitidos constituem o objeto material do delito.⁵⁸⁶

Em segundo lugar, a norma em questão também estabelece que, as Partes terão a obrigação de cooperar na “[...] coleta de provas, sob a forma eletrônica, de **uma** infração penal” [grifo nosso].⁵⁸⁷ Note-se que o uso do artigo indefinido “uma”, denota indeterminação.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁵⁸⁵ O elenco de infrações constante dos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste não é exaustivo. Representa apenas um elenco mínimo de condutas que devem ser obrigatoriamente tipificadas na legislação interna das Partes. São respectivamente, o “acesso ilegal” (art. 2.º), a “interceptação ilegal” (art. 3.º), a “interferência em dados” (art. 4.º), a “interferência em sistema” (art. 5.º), o “uso indevido de dispositivos” (art. 6.º), a “falsificação informática” (art. 7.º), o “estelionato informático” (art. 8.º), às “infrações relacionadas à pornografia infantil” (art. 9.º), às “infrações relacionadas à violação de direitos autorais e direitos conexos” (art. 10), e a “tentativa, ajuda ou favorecimento” à prática de alguma das infrações anteriormente relacionadas (art. 11). Este elenco de infrações teve por base, em larga medida, as diretrizes traçadas pela Recomendação No. R(89)9 do Conselho da Europa, adotada em 13 de setembro de 1989. Cf. COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation No. R(89)9 of the Committee of Ministers to Member States on Computer-related Crime*. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1989_9.pdf. Acesso em: 24/09/2006.

⁵⁸⁶ Decorre então que, uma Parte não poderá furtar-se à obrigação de cooperar com outra Parte, alegando apenas não existir previsão expressa da infração no texto da Convenção de Budapeste. Por outro lado, uma Parte poderá legitimamente recusar-se a atender a um pedido de auxílio mútuo nos casos em que a conduta perpetrada não for considerada infração penal de acordo com a sua lei interna. Trata-se do requisito da “dupla incriminação”, geralmente exigido pelos tratados e convenções sobre cooperação internacional em matéria penal, e que será tratado mais adiante.

⁵⁸⁷ Na versão em inglês da Convenção de Budapeste, escreve-se: “[...] *collection of evidence in eletronic form of a criminal offence*” [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest,

Dessa forma, as Partes também terão a obrigação de cooperar na coleta⁵⁸⁹ de elementos probatórios que se encontrem “sob a forma eletrônica”,⁵⁹⁰ relativos a qualquer outra infração penal, ainda que não relacionada com sistemas ou dados informáticos.

Isto significa que, tanto nos casos de crimes informáticos, como nos casos de crimes tradicionais, mas que envolvam a coleta de provas em forma eletrônica, as Partes terão, em princípio, a obrigação de cooperar, nos termos da Convenção de Budapeste.

Exemplificativamente, imagine-se a hipótese de um assassinato tradicional que, porventura, tenha sido registrado por uma câmera de segurança ou filmadora digital. Na hipótese em questão, a despeito de não se tratar de uma “infração penal relacionada com sistemas e dados informáticos”, as Partes terão a obrigação de cooperar na obtenção do filme ou arquivo digital que contenha as imagens do homicídio, pois trata-se, neste caso, de “prova em formato eletrônico”.

Portanto, note-se que o âmbito de aplicação da Convenção de Budapeste é extremamente amplo, obrigando, em princípio, as Partes a cooperarem no que se refere a uma ampla variedade de condutas delituosas.

Entretanto, a própria Convenção de Budapeste faz algumas ressalvas no que se refere ao seu âmbito de aplicação. Assim, a norma do parágrafo 2.º do art. 33 da

23/11/2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 23/06/2006.

⁵⁸⁸ UM(A). *art. indef.* Designa pessoa, animal ou coisa de modo indeterminado. Cf. Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 527. Em inglês: “*a /determiner (also an) 1. used before a noun to refer to a single thing or person that has not been mentioned before, especially when you are not referring to a particular thing or person [...]*”[grifos nossos]. Cf. CAMBRIDGE. *Advanced learner’s dictionary*. Cambridge University Press: London, 2003. p. 1.

⁵⁸⁹ O termo “coleta” – do inglês “*collection*” – é aqui utilizado em um sentido mais amplo do que o empregado pelo artigo 33 da Convenção de Budapeste, significando também a “obtenção” (*obtaining*) de provas armazenadas ou registradas em um suporte físico, nos moldes do artigo 31. Cf. item 141 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁹⁰ A Convenção de Budapeste e o seu Relatório Explicativo não trazem o significado preciso do termo “provas sob a forma eletrônica”. Entretanto, o item 141 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste dá a entender tratar-se de informações ou dados em formato “digital” ou em outro formato eletrônico qualquer. Portanto, estariam incluídos no conceito de “provas sob a forma eletrônica”, os dados armazenados em um sistema informático ou em uma unidade de armazenamento de dados, bem como as informações contidas, por exemplo, em uma fita VHS ou em um CD, pois em ambos os casos tratam-se de elementos em “formato eletrônico”. Cf. VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22.

Convenção de Budapeste estabelece que “cada Parte prestará o referido auxílio ao menos com respeito àquelas infrações penais em relação às quais a coleta em tempo real de dados de tráfego for aplicável, em um caso interno semelhante”.

Verifique-se então que, no que se refere à “coleta em tempo real de dados de tráfego”, a citada norma permite às Partes limitarem o âmbito de aplicação da Convenção a um elenco mais restrito de infrações, a ser delimitado pela lei interna da Parte requerida.⁵⁹¹ Todavia, impõe-se que o referido elenco de infrações, a ser delimitado pela lei interna da Parte requerida, não poderá ser mais restrito do que o elenco de infrações em relação às quais for aplicável a medida de “coleta em tempo real de dados de tráfego” em investigações ou procedimentos penais internos, conforme o artigo 20.⁵⁹²

Da mesma forma, no que se refere à “interceptação de dados de conteúdo”, a norma prevista no artigo 34 permite às Partes restringirem o âmbito de aplicação da Convenção, ao prever que “as Partes prestarão auxílio mútuo para fins de coleta em tempo real ou registro de dados de conteúdo relativos a comunicações transmitidas por meio de um sistema informático, até o limite permitido pelos seus tratados aplicáveis e leis internas”.

⁵⁹¹ Cf. item 296 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁵⁹² O artigo 20 prevê a aplicação da “coleta em tempo real de dados de tráfego” para fins de investigações e procedimentos penais internos nos Estados. Note-se que, será aplicável, em princípio, a todo o elenco de infrações mencionadas no artigo 14, parágrafo 2.º, ou seja, “a) as infrações penais definidas de acordo com os artigos 2.º a 11 da presente Convenção; b) outras infrações penais cometidas por meio da utilização de um sistema informático; e c) à coleta de provas sob a forma eletrônica de uma infração penal”. Todavia, o parágrafo 3.º do art. 14 dispõe que as Partes poderão reservar-se o direito de limitar a aplicação da medida de “coleta em tempo real de dados de tráfego” apenas àquelas infrações especificadas na declaração de reserva, desde que o elenco de infrações especificadas não seja mais restrito do que o elenco de infrações em relação às quais for aplicável a medida de “interceptação de dados de conteúdo” – prevista no artigo 21 – empregada no âmbito de investigações e procedimentos penais internos. O artigo 21, por sua vez, limita a aplicação da medida de “interceptação de dados de conteúdo” apenas a um elenco de infrações consideradas “graves”, a serem determinadas pela legislação interna de cada Parte. O artigo 21 não estabelece um critério para determinar o que se deve entender por infrações “graves”, deixando ao exclusivo arbítrio de cada Parte a determinação de tal critério. Pode-se concluir, então, que o âmbito de aplicação do auxílio mútuo relativo à “coleta em tempo real de dados de tráfego” – prevista no artigo 33 – poderá corresponder, em última análise, ao mesmo elenco de infrações em relação às quais for aplicável a medida de “interceptação de dados de conteúdo” no âmbito de investigações e procedimentos penais internos (art. 21): isto é, aquele elenco de infrações consideradas “graves” pela lei interna do Estado requerido.

Reconhecendo o caráter particularmente “sensível” dos “dados de conteúdo” referentes às comunicações informáticas⁵⁹³, optou-se, então, por deixar exclusivamente a cargo dos tratados sobre auxílio mútuo aplicáveis, e da legislação interna da Parte requerida, a questão da delimitação do âmbito de aplicação, no que se refere à “interceptação de dados de conteúdo”.

A Convenção de Budapeste também permite outra importante limitação do seu âmbito de aplicação, ao facultar à Parte requerida a possibilidade de recusar-se a prestar auxílio mútuo, nos casos referentes a delitos políticos ou delitos comuns conexos a delitos políticos. Assim, o parágrafo 4.º do artigo 27 prevê que a Parte requerida poderá recusar-se a prestar auxílio mútuo se “o pedido referir-se à infração que a Parte requerida considere um delito político ou um delito comum conexo a um delito político” (alínea “a”).

Trata-se de cláusula normalmente presente nos instrumentos normativos sobre cooperação internacional em matéria penal, conforme previamente analisado no Capítulo 2 da presente dissertação. Note-se que a referida cláusula aplica-se, igualmente, a todas as modalidades de auxílio mútuo previstas na Convenção de Budapeste, inclusive no âmbito da medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados”.⁵⁹⁴

Como exemplo de delito político na seara da criminalidade informática, observe-se que os Estados Unidos trataram de tipificar em seu ordenamento jurídico interno, através de lei federal, algumas condutas que parecem assemelhar-se a delitos de natureza política, praticados através do uso de sistemas informáticos, como por exemplo, a conduta de quem acessa intencionalmente, sem a devida autorização ou excedendo os limites de sua autorização, e, em função disso, obtém informações sigilosas, legalmente protegidas por razões de segurança nacional ou relações diplomáticas, ou dados restritos e de caráter

⁵⁹³ No que diz respeito à violação da intimidade, a “interceptação de dados de conteúdo” é comparável a uma interceptação telefônica, pois os dados de caráter pessoal transmitidos através de comunicações informáticas são comparáveis às informações que podem ser colhidas através de uma interceptação telefônica.

⁵⁹⁴ Cf. artigo 29, parágrafo 5.º, alínea “a” da Convenção de Budapeste.

estratégico sobre energia nuclear, com o objetivo de serem utilizados contra os interesses dos Estados Unidos, ou em favor de nação estrangeira.⁵⁹⁵

3.4.3 Proteção à “ordem pública” do Estado requerido

A Convenção de Budapeste consagra o postulado do respeito à “ordem pública” do Estado requerido, em seu art. 27, parágrafo 4.º, alínea “a”, ao prever a possibilidade de a Parte requerida recusar-se a prestar o auxílio solicitado, “se considerar que o cumprimento do pedido poderá ser prejudicial à sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais”.⁵⁹⁶

Conforme já foi sobejamente mencionado no Capítulo 2 da presente dissertação, a ordem pública pode ser definida como o conjunto de princípios, valores e regras implícitos ou explicitamente reconhecidos por um dado ordenamento jurídico estatal, e considerados de fundamental importância à preservação e à continuidade de uma sociedade em determinada época. Destarte, o princípio do respeito à ordem pública possui como função a salvaguarda dos fundamentos da própria ordem jurídica do Estado.

⁵⁹⁵ Cf. UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Code. Title 18, Part I, Chapter 47, § 1030. Fraud and related activity in connection with computers.* Disponível em: http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00001030----000-.html. Acesso em: 29/08/2007.

⁵⁹⁶ Semelhante norma também pode ser encontrada em vários outros instrumentos internacionais sobre cooperação internacional. A Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, em seu art. 2.º, alínea “b”, prevê que “O auxílio judiciário poderá ser recusado: se a Parte requerida considerar que o cumprimento do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro interesse essencial do seu país”. A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em seu art. 7.º, parágrafo 15, alínea “b”, prevê que “O auxílio judiciário mútuo pode ser recusado: [...] b) se a Parte requerida considerar que o cumprimento do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro interesse essencial”. A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional também prevê norma semelhante em seu art. 18, parágrafo 21, alínea “b”; assim como a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime em seu art. 18, parágrafo 1.º, alínea “b”; a Convenção Penal sobre a Corrupção, em seu art. 26, parágrafo 2.º; a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, em seu art. 9.º, alínea “e”; o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, em seu art. 5.º, parágrafo 1.º, alínea “e”; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu art. 46, parágrafo 21, alínea “b”, dentre outras.

Em resumo, a cláusula da ordem pública prevista na Convenção de Budapeste, encerra uma autorização especial dada aos Estados para que deixem de dar cumprimento a um pedido de cooperação internacional que lhes seja endereçado, naquelas hipóteses em que o cumprimento da medida solicitada for suscetível de atentar contra as normas e princípios – não só de direito positivo, mas também os “interesses essenciais” – com base nos quais cada Estado assenta a sua individualidade jurídica.

O Grupo de Trabalho de Proteção de Dados da União Européia⁵⁹⁷ considera que as normas de proteção dos dados de caráter pessoal são consideradas normas de “ordem pública” em grande parte dos países europeus, de forma que estes últimos estariam plenamente legitimados a recusar o atendimento a um pedido de cooperação internacional relativo à coleta, interceptação, obtenção ou divulgação de dados, com base no referido fundamento de proteção à “ordem pública”, nos casos em que o Estado requerente não oferecesse a garantia de um nível de proteção adequado ao tratamento dos dados de caráter pessoal em seu território.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Vale ressaltar que o referido Grupo de Trabalho de Proteção de Dados é um órgão consultivo da União Européia, em matéria de proteção de dados e privacidade, instituído pelo art. 29 da Diretiva 95/46/CE, cujas atribuições encontram-se definidas em seu art. 30, *in verbis*: “‘Artigo 29.º 1. É criado um Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a seguir designado «grupo». O grupo tem caráter consultivo e é independente. 2. O grupo é composto por um representante da autoridade ou autoridades de controlo designadas por cada Estado-membro, por um representante da autoridade ou autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários, bem como por um representante da Comissão. [...] Artigo 30.º 1. O grupo tem por atribuições: a) Analisar quaisquer questões relativas à aplicação das disposições nacionais tomadas nos termos da presente diretiva, com vista a contribuir para a sua aplicação uniforme; b) Dar parecer à Comissão sobre o nível de proteção na Comunidade e nos países terceiros; c) Aconselhar a Comissão sobre quaisquer projetos de alteração da presente diretiva ou sobre quaisquer projetos de medidas adicionais ou específicas a tomar para proteger os direitos e liberdades das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, bem como sobre quaisquer outros projetos de medidas comunitárias com incidência sobre esses direitos e liberdades; d) Dar parecer sobre os códigos de conduta elaborados a nível comunitário. [...]”. Cf. UNIÓN EUROPEA. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Disponível em: <http://europa.eu.int/spain/novedades/documentos/31995L46.htm>. Acesso em: 12/09/2006.

⁵⁹⁸ Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Grupo de Trabalho de Proteção de Dados. *Parecer 4/2001 relativo ao Projeto de Convenção do Conselho da Europa sobre a Cibercriminalidade*, adotado em 22 de Março de 2001. p. 6. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp41pt.pdf. Acesso em: 28/01/2007.

De fato, pode-se verificar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia⁵⁹⁹ contempla, de forma expressa, em seu art. 8.º, o “direito à proteção dos dados de caráter pessoal”⁶⁰⁰, alçando-o à categoria de verdadeiro “direito fundamental”, que passa a gozar, portanto, de um *status* de direito independente da proteção à “intimidade e à vida privada”, já devidamente consagrada tanto pela referida Carta⁶⁰¹, como também por outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos e liberdades fundamentais⁶⁰².

Deve-se mencionar ainda, que a Diretiva 95/46/CE⁶⁰³ do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, que dispõe sobre a “proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”, estabelece em seu Capítulo IV, normas sobre a “transferência de dados pessoais para países terceiros”, estatuidando que:

Artigo 25 [Princípios] 1. Os Estados-membros estabelecerão que a transferência para um país terceiro de dados pessoais objeto de tratamento, ou que se destinem a ser objeto de tratamento após a sua transferência, só pode realizar-se se, sob reserva da observância das disposições nacionais adotadas nos termos das outras disposições da presente diretiva, o país terceiro em questão assegurar um nível de proteção adequado. 2. A adequação do nível de proteção oferecido por um país terceiro será

⁵⁹⁹ UNIÃO EUROPÉIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, adotada em 18 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 24/04/2007.

⁶⁰⁰ “Artigo 8.º – Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente”. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, adotada em 18 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 24/04/2007.

⁶⁰¹ “Artigo 7.º – Respeito pela vida privada e familiar. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, adotada em 18 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 24/04/2007.

⁶⁰² Neste sentido a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 8.º, estabelece que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. Cf. CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, adotada em 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acesso em: 27/04/2007. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece, em seu art. 17, parágrafo 1.º, prevê que “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência [...]”. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 478.

⁶⁰³ UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Disponível em: <http://europa.eu.int/spain/novedades/documentos/31995L46.htm>. Acesso em: 12/09/2006.

apreciada em função de todas as circunstâncias que rodeiem a transferência ou o conjunto de transferências de dados; em especial, serão tidas em consideração a natureza dos dados, a finalidade e a duração do tratamento ou tratamentos projetados, os países de origem e de destino final, as regras de direito, gerais ou setoriais, em vigor no país terceiro em causa, bem como as regras profissionais e as medidas de segurança que são respeitadas nesse país. 3. Os Estados-membros e a Comissão informar-se-ão mutuamente dos casos em que consideram que um país terceiro não assegura um nível de proteção adequado na aceção do n. 2. 4. Sempre que a Comissão verificar, nos termos do procedimento previsto no n. 2 do artigo 31, que um país terceiro não assegura um nível de proteção adequado na aceção do n. 2 do presente artigo, os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para impedir qualquer transferência de dados de natureza idêntica para o país terceiro em causa. [...] 6. A Comissão pode constatar, nos termos do procedimento previsto no n. 2 do artigo 31, que um país terceiro assegura um nível de proteção adequado na aceção do n. 2 do presente artigo em virtude da sua legislação interna ou dos seus compromissos internacionais, subscritos nomeadamente na sequência das negociações referidas no n. 5, com vista à proteção do direito à vida privada e das liberdades e direitos fundamentais das pessoas. [...].⁶⁰⁴

Da mesma forma, não se pode olvidar que, no âmbito do próprio Conselho da Europa, a Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento de Dados de Caráter Pessoal⁶⁰⁵ contempla uma série de normas visando “garantir [...] o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal” (art. 1.º), e o Protocolo Adicional à referida Convenção ao dispor sobre o “fluxo transfronteiriço de dados de caráter pessoal”, ainda estatui que

Artigo 2.º 1. As Partes deverão prever que a transferência de dados pessoais para um destinatário que esteja sujeito à jurisdição de um Estado ou de uma organização que não seja Parte na Convenção só deve ser efetuada se esse Estado ou essa organização assegurarem um nível de proteção adequado para a transferência pretendida. [...].⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:PT:HTML>. Acesso em: 03/09/2007.

⁶⁰⁵ COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, done at Strasbourg, the 28th day of January 1981. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>. Acesso em: 02/10/2006.

⁶⁰⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows*, Strasbourg, 8.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/181.htm>. Acesso em: 03/09/2007.

Diante de tudo isso, deve-se reconhecer, de fato, a existência do direito à proteção dos dados de caráter pessoal como um verdadeiro “direito fundamental autônomo e específico”⁶⁰⁷, e, portanto, integrante da “ordem pública” dos Estados europeus.⁶⁰⁸

Note-se que, o princípio do respeito à “ordem pública” impõe a sua presença até mesmo no âmbito da cooperação de primeiro nível, como a “preservação expedita de dados informáticos armazenados” (prevista no artigo 29 da Convenção de Budapeste), atuando também aqui, como fundamento hábil para a Parte requerida poder legitimamente recusar-se a atender ao pedido de auxílio mútuo, quando contrário aos seus valores e princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico. E isto se dá não apenas na Convenção de Budapeste, mas em todos os outros instrumentos internacionais analisados⁶⁰⁹, que prevêm, expressamente, o referido fundamento de recusa, aplicável, de forma geral, a toda e qualquer modalidade de cooperação internacional em matéria penal.

3.4.4 *Direito aplicável*

De acordo com o artigo 23 da Convenção de Budapeste:

As Partes cooperarão entre si, em conformidade com as disposições do presente capítulo, e através da aplicação dos respectivos instrumentos internacionais sobre cooperação internacional em matéria penal, acordos

⁶⁰⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 159.

⁶⁰⁸ Cumprе sublinhar que Portugal logrou transpor a Diretiva 95/46/CE para o seu ordenamento jurídico interno através da Lei n. 67/98 de 26 de outubro de 1998 (Lei sobre a Proteção de Dados Pessoais).

⁶⁰⁹ Cf. a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (art. 7.º, parágrafo 15, “b”); a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 18, parágrafo 20, “b”); a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (art. 46, parágrafo 21, “b”); a Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (art. 2.º, “b”); a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Européia (art. 20, parágrafo 4.º, “a”, “i”); a Convenção Européia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente (art. 7.º, parágrafo 1.º, “a”); a Convenção Européia sobre a Validade Internacional das Sentenças Penais (art. 6.º, “a”); a Convenção Européia sobre a Transmissão de Processos Penais (art. 11, “j”); o Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul (artigo 30); a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 9.º, “e”); o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 5.º, parágrafo 1.º, “e”); a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 18, parágrafo 1.º, “b”); a Convenção Penal sobre a Corrupção (art. 26, parágrafo 2.º) etc.

celebrados com base em legislação uniforme ou recíproca, e suas leis internas [...].⁶¹⁰

Observe-se que a cooperação será prestada pelas Partes não apenas em conformidade com as normas previstas na Convenção de Budapeste, mas também através da aplicação de outros instrumentos internacionais sobre cooperação em matéria penal, acordos celebrados com base em legislação uniforme ou recíproca, e as leis internas das Partes.⁶¹¹

Este “princípio geral”, adotado pela Convenção de Budapeste no que diz respeito à cooperação internacional, é expressamente confirmado por outras disposições previstas em seu texto.

Assim é que o artigo 34, que trata da medida de “interceptação de dados de conteúdo”, estabelece que “as Partes prestarão auxílio mútuo na coleta ou registro de dados de conteúdo relativos a comunicações transmitidas por meio de um sistema informático, até o limite em que for permitido pelos tratados aplicáveis e suas leis internas”.

Com relação à medida de “coleta em tempo real de dados de tráfego”, o parágrafo 1.º do artigo 33 estatui que “[...] este auxílio regular-se-á pelas condições e procedimentos previstos no direito interno”.

O parágrafo 2.º do artigo 31 estabelece que, tratando-se de pedido de “busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação de dados informáticos armazenados”, aplicar-

⁶¹⁰ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁶¹¹ A Convenção de Budapeste estabelece a regra geral de que as suas disposições tem por objetivo complementar as disposições constantes dos outros instrumentos internacionais multilaterais e bilaterais e as leis internas das Partes, no tema da cooperação internacional em matéria penal. Neste sentido, o seu Preâmbulo já afirmara que: “Atentando para as outras Convenções do Conselho da Europa existentes sobre a cooperação em matéria penal, assim como outros tratados similares celebrados entre os Estados-membros do Conselho da Europa e outros Estados, e enfatizando que a presente Convenção tem por finalidade complementar os referidos instrumentos internacionais com vistas a tornar mais eficazes as investigações e procedimentos criminais relativos a infrações penais relacionadas a sistemas e dados informáticos, e para permitir a coleta de provas em forma eletrônica, de uma infração penal” [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

se-ão as normas previstas nos instrumentos internacionais, acordos e leis⁶¹² referidas no artigo 23, bem como as demais disposições previstas na Convenção de Budapeste.

O parágrafo 1.º do artigo 26, que trata do intercâmbio espontâneo de informações, dispõe que “uma Parte poderá, dentro dos limites de sua lei interna e sem pedido prévio, encaminhar a uma outra Parte, informações obtidas no quadro de suas próprias investigações [...]”.

E no parágrafo 4.º do artigo 25, que trata dos “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo”, prescreve-se que

Salvo disposição em contrário expressamente prevista nos artigos do presente capítulo, o auxílio mútuo estará sujeito às **condições** fixadas pelo direito interno da Parte requerida ou pelos tratados de auxílio mútuo aplicáveis, incluindo os **fundamentos com base nos quais a Parte requerida poderá recusar a cooperação** [...] [grifos nossos].⁶¹³

Verifique-se então que, como regra geral, as condições para a prestação do auxílio mútuo, assim como os fundamentos que a Parte requerida poderá invocar para recusar o atendimento a um pedido formulado sob os auspícios da Convenção de Budapeste, serão, em princípio, aqueles estabelecidos pelas leis internas⁶¹⁴ da Parte requerida ou pelos tratados de auxílio mútuo aplicáveis. Dessa forma, pode-se concluir que, salvo disposição em contrário, expressamente prevista em seus artigos, a Convenção de Budapeste deixa a cargo das leis internas do Estado requerido e dos tratados de auxílio mútuo, porventura aplicáveis, a questão da determinação das condições e dos fundamentos de recusa aplicáveis em cada caso

⁶¹² Convém observar que as “leis” a que se refere o presente parágrafo são, de acordo com o art. 23, as “leis internas” da Parte requerida.

⁶¹³ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁶¹⁴ A título de exemplo, podemos mencionar o art. 6.º da Lei de Cooperação Judiciária Internacional de Portugal (Lei n. 144/99, de 31 de agosto), que estabelece várias condições para o atendimento aos pedidos de cooperação internacional que lhe sejam encaminhados, dentre elas exige-se que, no processo desenvolvido no Estado requerente tenha havido o devido respeito “às exigências da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950 ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria, ratificados por Portugal” (art. 6.º, parágrafo 1.º, alínea “a”). Cf. PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007.

concreto de auxílio mútuo. Trata-se, portanto, de uma regra geral, aplicável, em princípio, a todas as modalidades de auxílio mútuo admitidas pela Convenção de Budapeste, uma vez que, encontra-se inserida dentre os seus “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo”, previstos no artigo 25.

No entanto, a referida norma constante do parágrafo 4.º do artigo 25 admite exceções, não sendo aplicável quando houver “disposição em contrário expressamente prevista nos artigos do presente Capítulo [...]”.

A primeira exceção encontra-se inscrita na parte final do próprio parágrafo 4.º do art. 25, ao prever que, a Parte requerida não poderá recusar-se a atender a um pedido de auxílio mútuo em relação às infrações penais referidas nos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste, com fundamento em que o pedido se refere a uma infração que considera ser de natureza tributária.⁶¹⁵ Disso resulta que, mesmo estando expressamente previsto este

⁶¹⁵ Observe-se que, na própria Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, figura a descrição de condutas que podem ser consideradas infrações de natureza tributária, dependendo das circunstâncias específicas de cada caso concreto: o artigo 7.º que contempla a descrição da conduta de “falsificação informática” e o artigo 8.º que descreve o delito de “estelionato informático”, podem ser considerados delitos de natureza tributária, na medida em que as condutas descritas nos referidos dispositivos – isto é, a inserção, alteração, eliminação ou supressão, intencionalmente e sem autorização, de dados informáticos, resultando em dados falsos, com a intenção de que sejam considerados ou utilizados para fins legais como se fossem autênticos, e quando a conduta causar a perda de bens de uma pessoa, com a intenção fraudulenta ou desonesta de obter vantagem ou benefício econômico em favor do agente ou de terceiro – forem praticadas contra o patrimônio fiscal do Estado. No Brasil, observe-se que, os comportamentos definidos pela Lei n. 8.137, de 27 de Dezembro de 1990 – que “define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, e dá outras providências” – podem ser praticados através da utilização de sistemas informáticos, *in verbis*: “Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; [...] Art. 2.º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; [...] V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. [...]”. Cf. BRASIL. *Lei n. 8.137, de 27 de Dezembro de 1990*: que define crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=367271&seqTexto=1&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 28/08/2007. Vale ressaltar ainda que, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 76/2000 – que “define e tipifica os delitos informáticos, e dá outras providências” – de origem do Senado Federal, estabelecendo em seu artigo 1.º que: “Constitui crime de uso indevido da informática: [...] § 5.º contra o patrimônio fiscal: I – alteração de base de dados habilitadas para registro de operações tributárias; II – evasão de tributos ou taxas derivadas de transações virtuais. [...]”. Cf. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 76/2000*: define e tipifica os delitos

fundamento de recusa em sua lei interna ou em outros tratados sobre auxílio mútuo, porventura aplicáveis, a Parte requerida só poderá invocá-lo, com o objetivo de recusar-se a prestar o auxílio solicitado, quando não se tratar das infrações previstas nos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste.

O artigo 29 da Convenção de Budapeste, que trata da medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados”, também traz outra exceção à referida norma constante do parágrafo 4.º do artigo 25. Note-se que, apesar de o artigo 29 estabelecer, em seu parágrafo 3.º, que “ao receber o pedido de uma outra Parte, a Parte requerida tomará todas as medidas apropriadas a fim de preservar, rapidamente, os dados especificados, em conformidade com a sua lei interna”, logo em seguida, na segunda parte do mesmo parágrafo, afirma que o requisito da dupla incriminação não poderá ser exigido pela Parte requerida como condição para o atendimento ao pedido de preservação de dados. Isto é, a Parte requerida não poderá recusar-se a atender a um pedido de preservação de dados alegando apenas o não preenchimento do requisito da dupla incriminação, porventura exigido nos termos de sua lei interna ou dos tratados de auxílio mútuo que lhe sejam aplicáveis.⁶¹⁶

Por sua vez, o artigo 27 da Convenção de Budapeste também contempla outra exceção à norma prevista no parágrafo 4.º do artigo 25. O artigo 27 – intitulado “procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis” – prevê uma série de normas⁶¹⁷, dispostas em seus parágrafos 2.º a 9.º, que, nos

informáticos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43555. Acesso em: 29/08/2007.

⁶¹⁶ Entretanto, note-se que, de acordo com o parágrafo 4.º do mesmo artigo, há a possibilidade de formulação de uma reserva no tocante à norma do parágrafo 3.º. Observe-se que, apesar de se tratar de reserva um tanto limitada quanto ao seu alcance – uma vez que não se aplica aos pedidos de preservação de dados concernentes àquelas infrações previstas nos artigos 2.º à 11 da Convenção – não obstante, permite à Parte requerida reservar-se o direito de manter a exigência do requisito da dupla incriminação, com relação à medida de preservação de dados, ao menos naqueles casos concernentes a outras infrações penais que não aquelas definidas nos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste.

⁶¹⁷ O parágrafo 2.º do referido artigo 27 prevê a designação de Autoridades Centrais responsáveis pelo envio e recebimento dos pedidos de auxílio mútuo no âmbito de cada uma das Partes; o parágrafo 3.º estabelece a regra geral de que os pedidos de auxílio mútuo formulados com base neste artigo deverão ser atendidos, pela Parte requerida, em conformidade com os procedimentos especificados pela Parte requerente, a não ser quando incompatíveis com a lei interna da Parte requerida; o parágrafo 4.º estabelece os motivos de recusa

termos do parágrafo 1.º, aplicar-se-ão à prestação do auxílio mútuo, sempre que não houver tratados internacionais sobre auxílio mútuo ou acordos celebrados com base na aplicação de legislação uniforme ou recíproca, vigentes entre as Partes requerente e requerida. Portanto, conforme se depreende dos termos do parágrafo 1.º do artigo 27⁶¹⁸, as Partes deverão aplicar as normas previstas neste artigo em detrimento das disposições sobre auxílio mútuo contidas em suas respectivas leis internas, sempre que não existirem tratados de auxílio mútuo ou acordos semelhantes, em vigor, entre as Partes requerente e requerida. Quando os referidos tratados de auxílio mútuo ou acordos existirem⁶¹⁹, aplicar-se-ão as normas destes, no que se referir às matérias abrangidas pelo citado artigo 27 da Convenção de Budapeste, a menos que as Partes requerente e requerida decidam, em comum acordo, aplicar as normas deste artigo.

Dentre as variadas normas inscritas nos parágrafos do artigo 27, interessamos analisar mais detidamente a norma contida em seu parágrafo 3.º, segundo o qual “os pedidos de auxílio mútuo, formulados ao abrigo do presente artigo, serão executados em conformidade com os **procedimentos** especificados pela Parte requerente, exceto quando forem incompatíveis com a lei da Parte requerida” [grifo nosso].⁶²⁰

que podem ser alegados pelas Partes para negar a prestação de auxílio mútuo solicitada nos moldes do presente artigo; o parágrafo 5.º prevê os motivos que autorizam a Parte requerida a adiar o atendimento a um pedido de auxílio mútuo; o parágrafo 6.º trata de definir os procedimentos a serem adotados em casos de adiamento ou recusa; o parágrafo 7.º prevê a obrigação da Parte requerida de manter a Parte requerente sempre informada acerca do andamento de um pedido de auxílio mútuo; o parágrafo 8.º trata do sigilo que pode ser conferido aos pedidos de auxílio mútuo mediante solicitação da Parte requerente; e o parágrafo 9.º autoriza a comunicação direta entre as autoridades competentes das Partes requerente e requerida, em casos de urgência.

⁶¹⁸ “Na ausência de tratado de auxílio mútuo ou acordo com base em legislação uniforme ou recíproca em vigor entre as Partes requerente e requerida, as disposições dos parágrafos 2.º à 9.º do presente artigo aplicar-se-ão. As disposições do presente artigo não serão aplicáveis quando tal tratado, acordo ou legislação existir, a menos que as referidas Partes decidam aplicar o presente artigo, em parte ou na íntegra, em substituição àqueles” (Artigo 27, parágrafo 1.º).

⁶¹⁹ Vale ressaltar que, a referência feita aos tratados de auxílio mútuo ou acordos celebrados com base na aplicação de legislação uniforme ou recíproca, não se limita apenas aos instrumentos já existentes à data de entrada em vigor da Convenção de Budapeste, mas também abrange os instrumentos a serem adotados pelas Partes no futuro. Cf. item 263 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶²⁰ Note-se que a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia de 29 de maio de 2000, também prevê norma semelhante em seu artigo 4.º, *in verbis*: “Artigo 4.º [Formalidades e procedimentos para execução dos pedidos de auxílio judiciário mútuo] 1. Nos casos em que for concedido auxílio judiciário mútuo, o Estado membro requerido respeitará as formalidades e procedimentos expressamente indicados pelo Estado membro requerente, salvo disposição em contrário da presente Convenção e desde que as formalidades e procedimentos indicados não sejam contrários aos

De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste, o objetivo da norma em análise é o de tentar assegurar que os dados ou informações a serem fornecidas em resposta a um pedido de auxílio mútuo, venham a preencher, satisfatoriamente, os requisitos de admissibilidade probatória exigidos pela lei interna da Parte requerente, para que os referidos elementos de prova possam ser utilizados, sem qualquer embaraço, no âmbito de processo penal instaurado naquele Estado.⁶²¹

O termo “procedimentos” é aqui empregado no sentido de “forma de execução do ato” ou “formalidades” que o Estado requerente poderá solicitar que sejam cumpridas quando da coleta ou obtenção dos dados pelo Estado requerido⁶²². Portanto, de acordo com a norma em questão, a Parte requerida terá, em princípio, a obrigação de executar as medidas solicitadas, observando os procedimentos ou formalidades especificamente

princípios fundamentais de direito do Estado membro requerido. 2. O Estado membro requerido dará execução ao pedido de auxílio judiciário mútuo com a maior brevidade, tendo em conta, tanto quanto possível, os prazos processuais e outros prazos indicados pelo Estado membro requerente. Este exporá as razões que o levaram a fixar esses prazos” [grifos nossos]. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia*, adotada em 29 de maio de 2000. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html. Acesso em: 21/11/2006. A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, ao tratar das normas sobre o “auxílio judiciário”, dispostas em seu art. 18, também estatui que “qualquer pedido será executado em conformidade com o direito interno do Estado Parte requerido e, na medida em que não contrarie este direito e seja possível, em conformidade com os procedimentos naquele especificados” (art. 18, parágrafo 17). A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas também prevê dispositivo semelhante, ao tratar, em seu artigo 7.º, das normas do “auxílio judiciário mútuo”, *in verbis*: “o pedido é cumprido em conformidade com a legislação da Parte requerida e, na medida do possível e desde que isso não seja contrário a essa legislação, em conformidade com os procedimentos especificados no pedido”. E ainda, o parágrafo 2.º do artigo 7.º do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, também afirma que “a pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna”.

⁶²¹ Cf. item 267 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶²² O significado do termo “procedimentos”, empregado pela supra citada norma, não se confunde com a expressão “investigações ou *procedimentos* penais”, prevista no artigo 25 da Convenção de Budapeste. Enquanto a expressão “procedimentos” é utilizada, no artigo 25, como sinônimo de processo ou ação penal (*proceedings*), é aqui utilizada no sentido de mera *forma* de execução de ato de natureza processual (*procedures*). O termo “procedimentos”, a que se refere a norma em questão, pode significar também, meras “instruções de índole técnica” a serem observadas pela Parte requerida durante o atendimento a um pedido de auxílio mútuo formulado pela Parte requerente, como, por exemplo, no caso de uma medida de busca e apreensão de dados informáticos, não haverá óbice a que a Parte requerente possa solicitar à Parte requerida o registro dos dados em um disquete, CD, *pen-drive* ou qualquer unidade de armazenamento de dados, ou mesmo que tais dados sejam impressos em papel, de forma a melhor atender aos objetivos e propósitos da investigação ou do processo instaurado no território da Parte requerente.

indicadas pela Parte requerente no pedido de auxílio mútuo⁶²³, a não ser nos casos em que tais procedimentos ou formalidades se revelarem incompatíveis com a sua lei interna.

Segundo o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste:

[...] o simples fato de o sistema jurídico da Parte requerida não contemplar o procedimento especificado pela Parte requerente no pedido, não constitui motivo suficiente para a Parte requerida se recusar a aplicar tal procedimento, pelo que, para esse efeito, o referido procedimento tem que se revelar incompatível com os princípios jurídicos fundamentais da Parte requerida.⁶²⁴

Banisar e Hosein tecem severas críticas à Convenção de Budapeste, no que diz respeito a esta matéria, alegando que “o reconhecimento jurídico explícito dos procedimentos de investigação criminal deve ser exigido”. Os referidos autores opõem-se veementemente a quaisquer ações executadas pelas autoridades da Parte requerida – a pedido das autoridades da Parte requerente – que não tenham previsão legal expressa no ordenamento jurídico interno da primeira. Argumentam que isto pode configurar uma afronta à soberania do Estado requerido, além de uma violação das garantias processuais das pessoas concernidas, que não teriam como prever de que forma os seus direitos seriam afetados quando da execução de uma medida de auxílio mútuo, uma vez que, desconhecidos os procedimentos especificados no pedido.⁶²⁵

⁶²³ Entretanto, a referida obrigação não persiste em se tratando de medida de “coleta em tempo real de dados de tráfego”, pois, segundo o parágrafo 1.º do artigo 33 da Convenção de Budapeste, “[...] este auxílio regular-se-á pelas *condições e procedimentos* previstos no *direito interno*” [grifos nossos]. Note-se que, aqui, tanto as *condições* para o atendimento a um pedido de auxílio mútuo, como os *procedimentos* a serem observados durante a execução da medida solicitada, serão aqueles previstos na *lei interna* da Parte requerida.

⁶²⁴ Cf. o item 267 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Note-se que, o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal adota, de forma expressa, critério semelhante em seu art. 8.º, ao prever que “Não obstante o disposto no art. 3.º da Convenção, quando um pedido especificar uma formalidade ou um determinado procedimento impostos pela legislação da Parte requerente, ainda que essa formalidade ou procedimento não sejam conhecidos da Parte requerida, esta Parte deverá dar satisfação ao pedido desde que não seja contrário aos princípios fundamentais do seu direito interno, salvo disposição em contrário do presente Protocolo”.

⁶²⁵ BANISAR, David; HOSEIN, Gus. *A draft commentary on the Council of Europe Cybercrime Convention*. October 2000. Disponível em: http://privacy.openflows.org/pdf/coe_analysis.pdf. Acesso em: 23/11/2006.

De qualquer forma, a Parte requerida não terá a obrigação de observar os procedimentos indicados pela Parte requerente no pedido de auxílio mútuo, se estes se revelarem incompatíveis com a sua lei interna.⁶²⁶

3.4.5 Princípio da dupla incriminação

Seguindo a orientação dos instrumentos normativos contemporâneos sobre a matéria, a Convenção de Budapeste adotou critério de flexibilização do princípio da dupla incriminação, ao estabelecer no parágrafo 5.º do seu artigo 25, que:

Quando, em conformidade com as disposições do presente capítulo, à Parte requerida for permitido condicionar a prestação do auxílio mútuo à existência da dupla incriminação, este requisito será considerado preenchido se a conduta que constitui a infração relativa ao pedido de auxílio, for considerada uma infração penal segundo o direito interno da Parte requerida, independentemente de suas leis classificarem ou não a infração dentro da mesma categoria de infrações ou a designarem ou não pela mesma terminologia que o direito da Parte requerente.⁶²⁷

Portanto, de acordo com o critério adotado pela Convenção de Budapeste, considerar-se-á efetivamente preenchido o requisito da dupla incriminação quando a conduta praticada pela pessoa demandada constituir uma infração penal simultaneamente punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido, independentemente de suas leis classificarem ou não a infração dentro da mesma categoria de infrações ou a designarem ou não pela mesma terminologia em ambos os Estados.

O Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste nos informa que, a inserção da referida cláusula no texto da Convenção foi considerada necessária como meio de assegurar que os Estados Partes não adotassem um critério demasiadamente rígido no tocante à verificação do preenchimento do requisito da dupla incriminação em cada caso concreto⁶²⁸. Pois, tendo em vista as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais dos vários

⁶²⁶ Cf. o item 267 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶²⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁶²⁸ Cf. item 259 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

Estados-membros do Conselho da Europa, inevitavelmente verificar-se-ão variações na terminologia e na classificação das condutas criminosas, o que poderia oferecer empecilhos à cooperação, não fosse a adoção da cláusula em questão. De forma que, com relação a estes aspectos, o requisito da dupla incriminação “deve ser aplicado com alguma flexibilidade a fim de facilitar a concessão da assistência”.⁶²⁹ Havendo dúvidas em relação ao preenchimento do requisito da dupla incriminação em um dado caso concreto, a solução resultará, portanto, do confronto entre os elementos do tipo enunciados nas legislações em cotejo.⁶³⁰

De fato, a referida solução adotada pela Convenção de Budapeste facilita a prestação da cooperação entre os Estados, na medida em que exige apenas a correspondência dos elementos do tipo enunciados nas legislações dos Estados requerente e requerido, não importando a classificação ou a denominação dada à conduta atribuída ao demandado.

Entretanto, convém assinalar que, alguns autores insurgem-se veementemente contra a possibilidade de qualquer tentativa de flexibilização⁶³¹ do princípio

⁶²⁹ Cf. item 259 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶³⁰ Observe-se que este também é o critério adotado no Brasil, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar processo de extradição referente a crimes informáticos já concluiu que “[...] o delito de burla informática, tipificado no art. 221º do Código Penal português, encontra correspondência normativa com a figura do estelionato, descrita no art. 171 do Código Penal brasileiro, e, como tal, justifica deferimento de extradição. [...] Delito que teria sido cometido em dano patrimonial de pessoa jurídica. Indução a erro doutras pessoas. Irrelevância. Inteligência do art. 171 do CP. O sujeito passivo do delito de estelionato pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica. Mas a pessoa que é iludida ou mantida em erro ou enganada pode ser diversa da que sofre a lesão patrimonial. [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 1029, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento em 13 de setembro de 2006, D.J. de 10 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=1029&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 03/04/2007. No mesmo sentido a Extradição n. 903, *in verbis*: “[...] O crime de burla qualificada, previsto no Cód. Penal português corresponde ao crime definido no art. 171 do Cód. Penal brasileiro. II. - Crime de "burla informática e nas comunicações": os fatos, no caso, são os mesmos que embasam o crime de burla qualificada. [...]”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 903, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento em 19 de maio de 2004, D.J. de 11 de junho de 2004. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/DetalhesProcesso.asp?origem=JUR&classe=Ext&processo=903&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 03/04/2007.

⁶³¹ Para alguns autores, esta tendência que se manifesta no sentido da flexibilização do princípio da dupla incriminação deve-se ao fato da relativa autonomia que tem logrado a extradição em relação às demais formas de cooperação penal internacional. Neste sentido, Guillermo Fierro aduz que “*Se ha explicado que la principal forma de manifestarse la entreatyuda judicial en materia penal se realiza mediante la extradición. Tal circunstancia ha determinado que el resto de la asistencia que se presta en este campo, de naturaleza primordialmente procesal, haya quedado relegado como una cuestión accesorio, secundaria o menor, insertada en las leys nacionales que regulan el procedimiento de la extradición o en los tratados elaborados a tal efecto. Sin embargo, modernamente, este tipo de entreatyuda judicial penal ha logrado cierta autonomia*”.

da dupla incriminação. Neste sentido, a percepção de Christine Van Den Wyngaert, para quem o requisito da dupla incriminação deve exigir que, além de o fato constituir delito nos ordenamentos jurídicos dos Estados requerente e requerido, “que exista uma real identidade de bens jurídicos afetados, delineamento típico semelhante e correspondência sancionatória”.⁶³²

Para Schurmann, a dupla incriminação constitui um princípio básico de direito extradicional, sendo consequência da regra *null traditio sine lege*.⁶³³ De fato, pode-se afirmar que o requisito da dupla incriminação é amplamente exigido pelos tratados e convenções internacionais⁶³⁴, como requisito indispensável para a concessão da extradição (terceiro nível de cooperação). Entretanto, convém não olvidar que relevantes instrumentos internacionais sobre cooperação em matéria penal também consagram a possibilidade de o Estado requerido exigir o preenchimento do requisito da dupla incriminação como condição para a prestação do auxílio mútuo em se tratando de medidas de **segundo nível**.

beneficiosa con relación a la entrega de los delincuentes, pues al desvincularse de ella, también se desvincula de ciertos escrúpulos o prejuicios relacionados con la extradición que mediatamente trababan a esta forma de cooperación judicial. Buena prueba de esa referida autonomía lo acredita la relativamente reciente Convención Europea de Entreaty Judicial en Materia Penal celebrada en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Ello ha traído como consecuencia, por ejemplo, que la regla de la doble incriminación, de inexcusable vigencia en materia extradicional, no se haya considerado necesario mantenerla en lo concerniente a la entreaty, criterio sustentado en la referida Convención, como en el Tratado de Benelux de 1962 relacionado con el tema, y en la Convención Belga-Alemana de 1958.” Cf. FIERRO, Guillermo. La ley penal y el derecho internacional. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 215.

⁶³² Apud CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Principios de Cooperación judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.132. Segundo Raúl Cervini, esta tese também foi acolhida por Schurmann em sua palestra “*Principios rectores de la extradición en el marco de un sistema penal internacional garantizador (com especial referencia a los que protegen los derechos del extraído)*”, proferida no Seminário Internacional de Assunção no âmbito do Mercosul realizado em Assunção, Paraguai, entre 1-4 julho de 1992. Cf. CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 81.

⁶³³ Apud CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 81.

⁶³⁴ Dentre os quais podemos citar, no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Européia sobre Extradição (art. 2.º, parágrafo 1.º); no âmbito da ONU, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 16, parágrafo 1.º); no âmbito da OEA, a Convenção Interamericana sobre Extradição (art. 3.º, parágrafo 1.º); no âmbito da União Européia, a Convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros da União Européia (art. 2.º, parágrafo 1.º); e no âmbito do Mercosul, o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (art. 2.º, parágrafo 1.º). Registre-se que também a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime prevê expressamente, no parágrafo 1.º do seu art. 24, o requisito da dupla incriminação em se tratando de extradição.

Seguindo este critério, note-se que a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, adotada pelo Conselho da Europa⁶³⁵ estabelece, em seu artigo 5.º, que:

Qualquer Parte Contratante pode declarar, no momento da assinatura da presente Convenção ou do depósito do respectivo instrumento de ratificação ou adesão, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, que se reserva a faculdade de submeter o cumprimento das cartas rogatórias, para efeito de buscas ou apreensões de bens, a uma ou mais das seguintes condições: a) ser a infração que motiva a carta rogatória simultaneamente punível pelas leis da Parte requerente e da Parte requerida; [...].⁶³⁶

No mesmo sentido, também dispõe a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, em seu art. 5.º, ao prever que:

[...] *Cuando la solicitud de asistencia se refiera a las siguientes medidas: a) embargo y secuestro de bienes; y b) inspecciones e incautaciones, incluidos registros domiciliarios y allanamientos, el Estado requerido podrá no prestar la asistencia si el hecho que origina la solicitud no fuera punible conforme a su ley.*⁶³⁷

Registre-se ainda que, no âmbito da ONU, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁶³⁸ e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional⁶³⁹; e, no Mercosul, o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos

⁶³⁵ No âmbito do Conselho da Europa também a Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime parece ter consagrado critério semelhante no que se refere à dupla incriminação, ao prever que “A cooperação em virtude do presente capítulo pode ser recusada nos casos em que: [...] f) A infração à qual se refere o pedido não seria uma infração face ao direito da Parte requerida se ela fosse cometida em território sob a sua jurisdição. Contudo, este motivo de recusa apenas se aplica à cooperação prevista na secção II na medida em que o auxílio solicitado implique medidas coercitivas” (art. 18, parágrafo 1.º, alínea “f”).

⁶³⁶ COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

⁶³⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

⁶³⁸ A citada Convenção estatui que “Os Estados Partes poderão negar-se a prestar assistência de acordo com o presente Artigo invocando a ausência de dupla incriminação. Não obstante, o Estado Parte requerido, quando esteja em conformidade com os conceitos básicos de seu ordenamento jurídico, prestará assistência que não envolva medidas coercitivas. [...]” (artigo 46, parágrafo 9.º, alínea “b”).

⁶³⁹ Conforme a mencionada Convenção “Os Estados Partes poderão invocar a ausência de dupla criminalização para recusar prestar a assistência judiciária prevista no presente Artigo. [...]” (artigo 18, parágrafo 9.º).

Penais⁶⁴⁰, também adotaram critério semelhante no que se refere ao princípio da dupla incriminação.⁶⁴¹

Diante disso, Raúl Cervini é categórico ao afirmar que “pode e deve-se exigir o requisito da dupla incriminação tratando-se de medidas de assistência penal internacional de **segundo nível** suscetíveis de causar gravame irreparável aos direitos dos envolvidos” [grifos nossos].⁶⁴² Da mesma forma, João Marcello de Araújo Júnior aduz que

*La validez del principio de la doble incriminación es incuestionable, siendo de aplicación incluso en el caso de instancias de cooperación penal de **segundo nivel**, se trata de la garantía esencial del principio de libertad, una vez que impide la violación a la regla ‘nulla poena sine lege’. Además, es expresión de otro principio más importante en materia internacional, que es el de reciprocidad.* [grifos nossos].⁶⁴³

No mesmo sentido, Eduardo Tellechea Bergman, ao comentar sobre o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, segundo o qual a dupla incriminação pode ser exigida pela Parte requerida, como requisito para a prestação do auxílio solicitado, sempre que a cooperação envolver a execução de medidas constitutivas de bens ou restritivas de direitos, “*capaces de afectar con cierta gravedad al ordenamiento jurídico requerido, tales, la cooperación cautelar, la entrega de efectos, los registros, etc., situaciones estas contempladas por los arts. 22 y 23 del Protocolo*”.⁶⁴⁴

Por outro lado, Raúl Cervini nos informa que,

⁶⁴⁰ Note-se que, apesar da primeira parte do parágrafo 4.º do artigo 1.º do referido Protocolo, estabelecer que “a assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido”, logo em seguida faz uma ressalva: “sem prejuízo do previsto nos arts. 22 e 23”. É de salientar que o aludido artigo 22 trata de “medidas acautelatórias sobre instrumentos, objetos ou frutos do delito”, e o artigo 23 cuida da “entrega de documentos e outros objetos” (parágrafo 1.º) e de “medidas assecuratórias” (parágrafo 2.º), típicas medidas de *segundo nível*, suscetíveis de causar gravame irreparável às pessoas concernidas, e, por isso, requerem a aplicação do requisito da dupla incriminação.

⁶⁴¹ Dentre os instrumentos bilaterais que também adotam semelhante critério em relação ao princípio da dupla incriminação, podemos citar o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, entre o Brasil e a Itália (art. 2.º, parágrafo 2.º), o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a França (art. 3.º, parágrafo 3.º) e o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, celebrado entre o Brasil e o Uruguai (art. 1.º, parágrafo 2.º).

⁶⁴² CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 81-82.

⁶⁴³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 156.

⁶⁴⁴ BERGMAN, Eduardo Tellechea. Protocolo sobre ajuda jurídica mútua em assuntos penais. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima. (org.). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 220.

[...] no direito comparado contemporâneo não se acolhe a exigência da dupla incriminação, tratando-se de medidas de cooperação internacional de **primeiro nível** [...], critério este subscrito não só por internacionalistas, senão, principalmente, por conceituados estudiosos do âmbito penal internacional [grifos nossos].⁶⁴⁵

De fato, nos instrumentos internacionais analisados, pôde-se verificar que o requisito da dupla incriminação geralmente não é exigido em se tratando de auxílio mútuo em matéria penal relativo às medidas de **primeiro nível**.⁶⁴⁶

Observe-se ainda que, também a jurisprudência dos Estados contemporâneos tem adotado o referido critério. Neste sentido, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que: “[...] O princípio da dupla incriminação não incide em se tratando de medidas de assistência de **primeiro nível**, que, por ausência de gravame, podem ser qualificadas como meramente procedimentais” [grifos nossos].⁶⁴⁷

No que diz respeito à Convenção de Budapeste, note-se que a norma do parágrafo 5.º do artigo 25 não impõe a necessária observância da dupla incriminação como requisito indispensável para a prestação de auxílio mútuo entre as Partes, mas apenas permite

⁶⁴⁵ CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 84. Raúl Cervini nos informa que este entendimento foi precisamente acolhido nas Resoluções correspondentes à Seção IV (Direito Internacional), durante o XVI Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP, celebrado em Budapeste. Nessa oportunidade se expressou: “Deve-se manter a dupla incriminação como condição para a extradição. Deveria abandonar-se em casos de assistência mútua em assuntos penais, sempre que esta assistência não supusesse a adoção de medidas coercitivas ou de medidas que possam levar a uma infração dos direitos humanos ou a restrição das liberdades fundamentais”. Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000. p. 73.

⁶⁴⁶ Neste sentido analise-se, *a contrario sensu*, as mesmas disposições já comentadas anteriormente: o art. 5.º da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal; o art. 5.º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal; o art. 46, parágrafo 9.º, alínea “b” da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; o art. 1.º, parágrafo 4.º do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul; e o art. 18, parágrafo 1.º, alínea “f” da Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime. Dentre os instrumentos bilaterais, conferir o Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Brasil e o Uruguai, em que se exige a dupla incriminação apenas para medidas constitutivas de direitos, como a busca e apreensão, seqüestro e entrega de objetos, sendo irrelevante para atos de comunicação, tais como notificações e intimações (art. 1.º, parágrafo 2.º); e também o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a Itália, que exige o mesmo requisito apenas para revistas pessoais, apreensão e seqüestro de bens (art. 2.º, parágrafo 2.º).

⁶⁴⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1433, Rel. Ministro Barros Monteiro, Julgamento em 16 de maio de 2007, D.J. de 6 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=carta+rogat%F3ria+e+ordem+p%FAblica&&b=A COR&p=true&t=&l=10&i=4>. Acesso em: 05/09/2007.

à Parte requerida, quando não for contrário às normas da Convenção, condicionar a prestação do auxílio mútuo à existência de dupla incriminação.⁶⁴⁸

Portanto, pode-se concluir que, salvo disposição expressa em contrário, a Convenção de Budapeste deixa a cargo das leis internas do Estado requerido e dos tratados de auxílio mútuo porventura aplicáveis, a questão da incidência ou não do requisito da dupla incriminação em cada caso concreto de auxílio mútuo (primeiro e segundo níveis de cooperação). Assim sendo, na ausência de disposição em contrário, expressamente prevista na Convenção de Budapeste, não haverá qualquer óbice a que a Parte requerida possa legitimamente recusar-se a atender a um pedido de auxílio mútuo, alegando ausência de dupla incriminação, conforme assim o autorizar a sua lei interna ou os tratados de auxílio mútuo porventura aplicáveis ao caso concreto em questão.⁶⁴⁹ Trata-se, portanto, de regra geral que é aplicável, salvo disposição expressa em contrário, a todas as formas de auxílio mútuo admitidas pela Convenção de Budapeste, uma vez que encontra-se inserida dentre os seus “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo” previstos no artigo 25.

Note-se que, no que diz respeito às medidas de segundo nível relativas à “busca ou acesso, apreensão ou obtenção e divulgação de dados informáticos armazenados” (art. 31), “coleta em tempo real de dados de tráfego” (art. 33) e “interceptação de dados de conteúdo” (art. 34), não há qualquer disposição em contrário – expressamente prevista na Convenção de Budapeste – excepcionando a aplicação da referida regra geral relativa à dupla

⁶⁴⁸ Entretanto, no que diz respeito à *extradição*, o artigo 24 da Convenção de Budapeste é incisivo ao exigir a necessária observância da dupla incriminação. Note-se que a alínea “a” do parágrafo 1.º afirma que o artigo 24 “aplica-se à extradição entre as Partes relativamente a infrações penais definidas em conformidade com os artigos 2.º a 11 da presente Convenção e desde que sejam *puníveis segundo a legislação de ambas as Partes* envolvidas, com uma pena máxima privativa de liberdade de, pelo menos, um ano ou uma pena mais severa” [grifos nossos].

⁶⁴⁹ Observe-se que a norma prevista no parágrafo 4.º do artigo 25 da Convenção de Budapeste, estabelece que, salvo disposição em contrário expressamente prevista na Convenção, o *auxílio mútuo* estará sujeito às *condições* fixadas pelo *direito interno* da Parte requerida ou pelos *tratados de auxílio mútuo* que lhe sejam aplicáveis, incluindo os fundamentos com base nos quais a Parte requerida poderá recusar-se a cooperar. (art. 25, parágrafo 4.º). Conforme já foi previamente mencionado, o citado art. 25 – que trata dos “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo” – contempla normas que são aplicáveis, salvo disposição em contrário, a todas as modalidades de auxílio mútuo previstas na Convenção de Budapeste.

incriminação, de forma que, em se tratando de pedido de auxílio mútuo referente a alguma dessas medidas, a Parte requerida poderá legitimamente recusar-se a cooperar alegando a ausência de dupla incriminação – conforme assim o autorizar o seu direito interno ou os tratados de auxílio mútuo porventura aplicáveis a cada caso concreto em questão.

Por outro lado, a referida regra geral foi expressamente excepcionada pela Convenção de Budapeste, no que se refere à medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados”. Note-se que o parágrafo 3.º do artigo 29 dispõe que “[...] a dupla incriminação não poderá ser exigida como uma condição para realizar-se a preservação”. Portanto, quando se tratar de um pedido de auxílio mútuo relativo à mera preservação de dados, a Parte requerida não poderá, em princípio, recusar-se a atendê-lo, apenas com fundamento na ausência de dupla incriminação.

Conforme já ressaltamos anteriormente, a medida de preservação de dados informáticos pode ser considerada menos “invasiva” do que as tradicionais medidas constritivas de bens e restritivas de direitos, como a busca e apreensão ou a interceptação de telecomunicações, uma vez que, a realização da preservação não acarretará a violação do sigilo dos dados e nem imporá restrições a sua disponibilidade⁶⁵⁰. Dessa forma, acreditamos que a execução de uma medida de preservação de dados, nos moldes postos pela Convenção de Budapeste, não parece ter o condão de causar gravame irreparável às pessoas concernidas (podendo ser considerada, portanto, uma medida de **primeiro nível**) e por isso, parece-nos acertada a dispensa do requisito da dupla incriminação neste caso.⁶⁵¹

⁶⁵⁰ O detentor ou administrador dos dados preservados *apenas* ficará impedido de apagá-los, modificá-los ou removê-los do sistema informático ou da unidade de armazenamento de dados em que porventura se encontrem, mas poderá acessá-los normalmente sempre que assim o desejar.

⁶⁵¹ Devemos registrar, então, o acerto do critério adotado pela Convenção de Budapeste, pois concordamos com o entendimento esposado pela doutrina de que a dupla incriminação não será necessária quando a cooperação solicitada se reduzir a medidas de *primeiro nível*, isto é, quando o seu diligenciamento não for suscetível de afetar de modo irreparável o conjunto de direitos e liberdades fundamentais das pessoas concernidas. Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 73. O Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste ainda acrescenta outros argumentos em favor de tal posição, ao alegar que, em alguns casos, poderia levar muito tempo para o Estado requerido chegar às conclusões necessárias com vistas a constatar

Entretanto, note-se que, uma ressalva é feita no parágrafo 4.º do mesmo artigo 29 da Convenção de Budapeste, nestes termos:

Uma Parte que requeira a dupla incriminação como condição para atender a um pedido de auxílio mútuo para fins de busca ou acesso similar, apreensão ou obtenção similar, ou divulgação dos dados armazenados, poderá, no que diz respeito a outras infrações diferentes daquelas estabelecidas em conformidade com os artigos 2.º à 11 dessa Convenção, reservar-se o direito de denegar o pedido de preservação de dados, nos termos do presente artigo, nos casos em que tiver razões para crer que, quando do momento da divulgação dos dados, a condição da dupla incriminação não possa ser devidamente preenchida.⁶⁵²

Dessa forma, apesar de o parágrafo 3.º do artigo 29 determinar que a dupla incriminação não poderá ser exigida pela Parte requerida como condição para o atendimento a um pedido de preservação de dados, o parágrafo 4.º do mesmo artigo 29 contempla uma ressalva, ao prever a possibilidade de qualquer das Partes formular uma reserva visando limitar a aplicação da regra contemplada no parágrafo 3.º apenas às infrações previstas nos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste. Isto é, admite-se que a Parte requerida possa exigir o requisito da dupla incriminação – mesmo em se tratando de preservação de dados – nos casos em que o pedido de auxílio mútuo se referir a outras infrações que não aquelas previstas nos artigos 2.º à 11 da Convenção.

Mas atente-se que, para que a Parte requerida possa legitimamente exercer o direito de se recusar a atender a um pedido de preservação de dados com fundamento na ausência de dupla incriminação, é indispensável que tenha previamente formulado a reserva

irrefutavelmente a existência da dupla incriminação em um dado caso concreto, e que os dados informáticos poderiam ser deletados, removidos ou alterados durante este tempo. De forma que, se à Parte requerida fosse possível condicionar, por exemplo, a execução de um pedido de preservação de *dados de tráfego* – que tem a característica de serem mais ‘voláteis’ e efêmeros do que os outros tipos de dados – à constatação prévia e conclusiva do preenchimento do requisito da dupla incriminação, o pedido de preservação certamente restaria prejudicado, tendo em vista que aqueles dados poderiam ser deletados pelo próprio provedor de serviços da *Internet*, que geralmente mantém-lhes armazenados em seu sistema apenas por curtos períodos de tempo após a conclusão da comunicação com o servidor. O que poderia, então, prejudicar irremediavelmente a investigação ou o processo penal instaurado no Estado requerente. Por isso, o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste chega mesmo a considerar “contraproducente” a incidência do requisito da dupla incriminação no contexto de uma medida de mera preservação de dados. Cf. item 285 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶⁵² COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

de que trata o parágrafo 4.º do artigo 29, de acordo com o postulado do artigo 42 da Convenção de Budapeste, isto é, “por meio de uma notificação escrita endereçada ao Secretário Geral do Conselho da Europa [...] quando da assinatura ou quando do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão”.⁶⁵³ Observe-se então que, as reservas apenas poderão ser formuladas em tempo hábil. Dessa forma, reservas extemporâneas não serão permitidas.

No que diz respeito à “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”, prevista no artigo 30, note-se que, conforme o disposto no parágrafo 2.º do referido artigo, a Parte requerida “apenas” poderá deixar de proceder à divulgação dos dados, nos casos em que a referida divulgação for suscetível de atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais (alínea “a”), ou nos casos em que tratar-se de uma infração considerada de natureza política ou de uma infração comum conexa a uma infração política (alínea “b”).

Note-se, portanto, que a Convenção de Budapeste parece vedar – de maneira implícita – a possibilidade de recusa de “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”, com fundamento na ausência de dupla incriminação, uma vez que, a citada norma do parágrafo 2.º é categórica ao afirmar que os fundamentos de recusa que a Parte requerida poderá invocar para deixar de proceder à divulgação dos dados de tráfego serão apenas aqueles expressamente previstos em suas respectivas alíneas. De forma que, não nos parece subsistir a possibilidade de a Parte requerida deixar de proceder à divulgação dos dados de tráfego alegando apenas o não preenchimento do requisito da dupla incriminação, porventura exigido nos termos de sua legislação interna ou dos tratados de auxílio mútuo que lhe sejam aplicáveis.

⁶⁵³ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

Entendemos que esta norma não se coaduna com a orientação doutrinária e com o critério geralmente adotado pelos instrumentos internacionais sobre cooperação em matéria penal, no que se refere às medidas de cooperação de segundo nível.

Não se olvide que, a “divulgação expedita de dados de tráfego” prevista no artigo 30 da Convenção de Budapeste, trata-se de uma típica medida de **segundo nível**, suscetível de causar gravame irreparável às pessoas concernidas, no que diz respeito à violação do sigilo dos dados pessoais, acarretando uma efetiva invasão da intimidade e da vida privada das pessoas concernidas⁶⁵⁴. Pois, recorde-se que, os dados de tráfego relativos à origem e ao destino da comunicação (como por exemplo, as páginas ou *sites* da *Internet* visitados pelo usuário) são capazes de revelar variados aspectos da vida privada e da intimidade da pessoa a quem se relacionam. Com base nos endereços *on-line* visitados pelo usuário da *Internet*, pode-se saber em qual banco *on-line* o usuário mantém uma conta, quais as lojas *on-line* mais visitadas e os serviços mais procurados, ou se o usuário costuma utilizar-se de *chats* ou outros *sites* de relacionamento na *Internet* etc.

Observe-se então que, com base em tais informações é possível compor um perfil completo do usuário com relação aos seus mais variados hábitos, interesses, desejos e aspirações. Daí porque não nos parece razoável prescindir do requisito da dupla incriminação em se tratando de medida de divulgação de dados – ainda que se trate apenas de dados de tráfego – pois, impor restrições a interesses tão essenciais como a proteção à privacidade e ao

⁶⁵⁴ O direito à proteção da vida privada e da intimidade encontra-se sobejamente reconhecido no âmbito da União Européia, da ONU, da OEA e do próprio Conselho da Europa. Neste sentido conferir o art. 8.º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); o art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o art. 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000) e o art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). E, tratando especificamente do direito à proteção dos dados pessoais, conferir a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, adotada em 28 de janeiro de 1981, e o seu Protocolo adicional, adotado em 8 de novembro de 2001); o art. 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000); a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, adotada em 24 de outubro de 1995; e a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, adotada em 12 de julho de 2002.

sigilo dos dados de caráter pessoal, em prol da prestação de auxílio mútuo com relação a uma conduta que não constitui sequer uma infração penal conforme a lei do Estado requerido, não nos parece ser a solução mais apropriada.

Creemos que, neste ponto, a Convenção de Budapeste não adotou a melhor solução. Entendemos que maiores cautelas deveriam ter sido tomadas antes de se impor à Parte requerida a obrigação de divulgação de dados de tráfego nos moldes em que se encontra prescrita pelo artigo 30, tendo em vista tratar-se de um verdadeiro regime de divulgação de dados (medida de **segundo nível**) suscetível de acarretar violação do sigilo dos dados de caráter pessoal.

Acreditamos na pertinência de consagrar a exigência do requisito da dupla incriminação a partir das medidas de segundo nível, tudo isso no entendimento de que as pessoas concernidas e os seus direitos, também fazem parte da única cooperação penal internacional viável entre Estados democráticos de direito.

De forma que, a iniludível necessidade de cooperação penal internacional imposta pelas novas modalidades de delitos transnacionais, deve sempre encontrar seu limite natural na devida proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, o requisito da dupla incriminação deveria ser sempre razoavelmente exigível quando esses direitos estiverem efetivamente ameaçados.⁶⁵⁵

3.4.6 Autoridades centrais

A Convenção de Budapeste exige de cada Estado Parte a designação de uma Autoridade Central ou autoridades encarregadas de enviar e receber pedidos de auxílio mútuo formulados ao abrigo da Convenção de Budapeste, e de dar-lhes cumprimento ou de os transmitir às respectivas autoridades competentes (artigo 27, parágrafo 2.º, alínea “a”). A

⁶⁵⁵ Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000. p. 135.

Autoridade Central requerida remeterá, então, às autoridades judiciárias ou às respectivas autoridades competentes, os pedidos recebidos, cuidando de atender diretamente ou com auxílio de outros órgãos administrativos apenas os pedidos que sejam de sua competência, conforme o seu direito interno.⁶⁵⁶

Importante previsão, consentânea com as novas linhas do instituto da cooperação internacional, a adoção de autoridades centrais é uma característica comum aos modernos instrumentos normativos que tratam do auxílio mútuo em matéria penal⁶⁵⁷, e que tem como função precípua intervir como órgão de tramitação de pedidos de cooperação internacional, recepcionando e transmitindo solicitações, substituindo o lento trâmite por via diplomática ou consular⁶⁵⁸, visando conferir celeridade e eficiência na tramitação dos pedidos. Em síntese, é órgão responsável pela viabilização de uma cooperação internacional mais célere e eficaz entre os Estados.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ Uma função geralmente atribuída às Autoridades Centrais é a de fornecer, mediante pedido de uma autoridade estrangeira, informações sobre o direito aplicável, isto é, informações seguras sobre o teor e vigência do direito do Estado requerido. Em Portugal, a Lei n. 144/99 de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, prevê, em seu artigo 161, que “A informação sobre o direito português aplicável em determinado processo penal solicitada por uma autoridade judiciária estrangeira é prestada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República” (parágrafo 1.º).

⁶⁵⁷ Observe-se que as autoridades centrais figuram em vários instrumentos internacionais sobre cooperação internacional em matéria penal, dentre os quais a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (art. 7.º, parágrafo 8.º), a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (art. 18, parágrafo 13), Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Européia (art. 6.º), a Convenção Penal sobre Corrupção, do Conselho da Europa (art. 19), a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime (art. 23), o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul (art. 3.º), a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (art. 3.º), dentre outras. Registre-se também que o art. 15, parágrafo 1.º da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (1959) já previa a possibilidade de as cartas rogatórias serem dirigidas pelo *Ministério da Justiça* da Parte requerente ao *Ministério da Justiça* da Parte requerida e devolvidas pela mesma via.

⁶⁵⁸ Ao comentar sobre as dificuldades na prestação de cooperação em matéria penal, Vervaele considera a tramitação dos pedidos de cooperação por via diplomática, como “*una vía larga y complicada y no muy eficaz*”. Cf. VERVAELE, John. Cooperação em matéria penal na União Européia. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima. (org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 212. Os instrumentos sobre cooperação internacional vêm buscando alternativas para o trâmite dos pedidos de cooperação por via diplomática ou consular, que se tem revelado burocrático e demorado. Dessa forma, se tem optado pela adoção da figura da Autoridade Central, que poderá recair, ao alvedrio de cada Estado, em um órgão diferente, tais como, no caso do Brasil, o Ministério da Justiça ou a Procuradoria-Geral da República.

⁶⁵⁹ CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. p. 45

Para atender a esta finalidade, o parágrafo 2.º do art. 27 dispõe que “as autoridades centrais se comunicarão diretamente entre si” (alínea “b”). Em regra, prevalecerá, portanto, a comunicação direta entre as autoridades centrais de cada Estado Parte. Todavia, a alínea “a” do parágrafo 9.º do art. 27 dispõe que, em casos de urgência, os pedidos de auxílio mútuo e demais comunicações, poderão ser transmitidos diretamente pelas autoridades judiciárias⁶⁶⁰ da Parte requerente às suas homólogas da Parte requerida. A autoridade judiciária da Parte requerente deverá, então, remeter uma cópia do pedido à sua Autoridade Central, para que esta última transmita à Autoridade Central do Estado requerido.

Apesar das Partes disporem de uma certa flexibilidade no tocante à possibilidade de designação de mais de uma autoridade responsável pelo envio e recebimento dos pedidos, por razões de eficiência, o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste aconselha as Partes a designarem apenas uma única Autoridade Central para os fins da presente Convenção.⁶⁶¹

Caberá às Partes informar o Secretário Geral do Conselho da Europa os nomes e endereços completos (incluindo endereço de *e-mail* e número de fax)⁶⁶² da(s) sua(s) respectiva(s) autoridade(s) designada(s), e também assegurar a atualização constante de tais informações (art. 27, parágrafo 2.º, “c” e “d”).

De acordo com a norma da alínea “d” do parágrafo 9.º do artigo 27, os pedidos poderão ser transmitidos diretamente pelas autoridades competentes da Parte requerente às autoridades competentes da Parte requerida, sem a intervenção das respectivas autoridades centrais, em se tratando de pedidos que não impliquem medidas coercitivas, isto é, medidas de caráter executório, constritivas de bens ou restritivas de direitos, como p. ex. a

⁶⁶⁰ Em alguns Estados, o Ministério Público também detém funções jurisdicionais. De forma que, quando a Convenção se referir a “autoridades judiciárias” deve-se entender juízes e autoridades do Ministério Público. Observe-se que o Código de Processo Penal português, no art. 1.º, parágrafo 1.º, alínea “b”, considera “autoridade judiciária” tanto os juízes, como as autoridades do Ministério Público, “cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência”. Cf. PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CPPen.htm>. Acesso em: 21/03/2007.

⁶⁶¹ Cf. item 266 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶⁶² Cf. item 266 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

“busca ou acesso e apreensão ou obtenção de dados informáticos armazenados” (art. 31), a “interceptação de dados de conteúdo” (art. 34) ou a “coleta em tempo real de dados de tráfego” (art. 33). Donde se conclui que, dentre as medidas expressamente previstas na Convenção de Budapeste, apenas a preservação de dados (art. 29), a prestação de aconselhamento técnico, o fornecimento de informações sobre o direito aplicável e a localização de suspeitos (art. 35), poderão ser prestadas diretamente entre as respectivas autoridades competentes de cada Parte.

Quando uma autoridade da Parte requerida receber um pedido de auxílio mútuo e não tiver competência para dar-lhe cumprimento, deverá remetê-lo *ex officio* à autoridade nacional competente e, em seguida, informar esse fato à Parte requerente (art. 27, parágrafo 9.º, alínea “c”). Esta norma objetiva evitar a devolução de pedidos sem cumprimento.

Os pedidos ou as comunicações a eles relacionados, nos termos da Convenção de Budapeste, também poderão ser transmitidos por intermédio da Organização Internacional de Polícia Criminal – Interpol (art. 27, parágrafo 9.º, alínea “b”).

Por fim, a alínea “e” do supra citado parágrafo prevê a faculdade de os Estados Partes declararem ao Secretário Geral do Conselho da Europa, no momento da assinatura ou do depósito do instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à Convenção, que, por razões de eficiência, os pedidos de auxílio mútuo deverão ser sempre transmitidos à sua respectiva Autoridade Central designada no âmbito da Convenção.

3.4.7 Celeridade na transmissão dos pedidos

Qualquer Estado Parte poderá, em casos de urgência, transmitir os pedidos de auxílio mútuo ou as comunicações a eles relacionadas, através de meios céleres de

comunicação, como, por exemplo, *fax* ou *e-mail*⁶⁶³, desde que ofereçam um adequado nível de segurança e autenticação. O Estado Parte requerido também deverá responder aos pedidos de auxílio mútuo ou às comunicações a ele endereçadas, utilizando-se de meios céleres de comunicação⁶⁶⁴, mas poderá exigir uma confirmação formal do pedido, transmitida pelos meios tradicionais (artigo 25, parágrafo 3.º).

O objetivo da norma em questão é o de, mais uma vez, imprimir celeridade ao trâmite dos pedidos, recorrendo aos modernos meios de comunicação disponíveis, em lugar da tradicional remessa através dos serviços de correio postal.

No que diz respeito ao “nível de segurança e autenticação” referido na norma em análise, a Convenção de Budapeste não estabelece obrigações específicas. De forma que, as Partes estarão livres para determinar a melhor forma de assegurar a autenticidade do conteúdo dos pedidos e comunicações, bem como, a utilização de proteções especiais que garantam segurança na transmissão dos pedidos, incluindo a criptografia.⁶⁶⁵

De uma forma geral, os pedidos de auxílio mútuo e as demais comunicações, devem ser transmitidos pelo Estado requerente em condições que permitam ao

⁶⁶³ O *fax* e o correio eletrônico são mencionados a título meramente exemplificativo, de forma que poderão ser igualmente utilizados quaisquer outros meios de comunicação mais céleres do que o tradicional envio de documentos em correspondências postais lacradas e seladas, desde que sejam apropriados às circunstâncias de cada caso concreto. Cf. o item 256 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Dessa forma, os pedidos e comunicações podem ser efetuados através de quaisquer meios eletrônicos de comunicação. Os avanços tecnológicos proporcionam cada vez mais o surgimento de sofisticados meios de comunicação, que poderão ser utilizados para transmitir os pedidos de auxílio mútuo formulados nos termos da Convenção de Budapeste.

⁶⁶⁴ No entanto, o Estado Parte requerido não estará obrigatoriamente vinculado à utilização do *mesmo* meio de comunicação que fora utilizado pelo Estado Parte requerente quando da transmissão do pedido ou da comunicação. O Estado Parte requerido poderá responder ao pedido de auxílio mútuo, através de outros meios de comunicação, desde que igualmente céleres. Esta é a interpretação que podemos fazer da norma constante da parte final do parágrafo 3.º do art. 25 da Convenção de Budapeste, *in verbis*: “[...] *The requested Party shall accept and respond to the request by any such expedited means of communication*” [grifos nossos].

⁶⁶⁵ Cf. item 256 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. A criptografia é a disciplina que trata dos princípios, meios e métodos para a transformação de dados, de forma a proteger a informação contra acesso não autorizado ao seu conteúdo. Segundo Raul Fernando Weber, é caracterizada como a ciência (ou arte) de escrever em códigos ou em cifras, ou seja, é um conjunto de métodos que permite tornar incompreensível uma mensagem (ou informação), de forma a permitir que apenas as pessoas autorizadas consigam decifrá-la e compreendê-la. Cf. WEBER, Raul Fernando *Criptografia contemporânea*. Disponível em: <http://www.inf.ufsc.br/~mauro/curso/redes/cripto.doc>. Acesso em: 05/09/2007.

Estado requerido atestar a autenticidade de seu conteúdo e a originalidade da fonte, isto é, do remetente da mensagem.⁶⁶⁶

3.4.8 Diferimento do auxílio

Conforme o parágrafo 5.º do artigo 27 da Convenção de Budapeste, o Estado requerido poderá adiar o atendimento a um pedido de auxílio mútuo que lhe seja encaminhado, nos casos em que a execução da medida solicitada for suscetível de interferir no curso normal de uma investigação ou procedimento penal pendente naquele Estado. Note-se que, neste caso, não se trata de hipótese de recusa, mas apenas de diferimento da prestação do auxílio solicitado.⁶⁶⁷

Dessa forma, quando considerar que a execução da medida solicitada puder acarretar prejuízos a uma investigação ou procedimento penal em curso no seu território, o Estado requerido poderá exercer a faculdade de, através de um juízo de conveniência e oportunidade, diferir a prestação do auxílio solicitado pela Parte requerente.

Entretanto, antes de resolver sobre o diferimento, a Parte requerida, deverá, ao menos considerar a possibilidade de, após consultada a Parte requerente, impor as

⁶⁶⁶ Em se tratando de pedidos de auxílio mútuo transmitidos pelos meios tradicionais de comunicação, a autenticidade do pedido poderá ser assegurada pela prévia legalização dos documentos que o instruem (através de autenticação e reconhecimento de firma), o que geralmente costuma ser dispensado quando o pedido é transmitido por via diplomática, consular ou através de Autoridade Central. A legalização consiste no emprego de formalidades de autenticação ou outra formalidade análoga, que tem por objetivo conferir autenticidade aos documentos transmitidos. No que se refere à Convenção de Budapeste, não há obrigações específicas em relação à autenticidade. Os Estados Partes deverão, pois, consultar-se sobre a adoção de regras precisas neste sentido.

⁶⁶⁷ A possibilidade de adiamento do auxílio mútuo também encontra-se prevista em vários outros instrumentos internacionais, de que constituem exemplos: a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa, *in verbis*: “Artigo 19 [Adiamento] A Parte requerida pode adiar a execução de medidas referidas num pedido quando estas sejam susceptíveis de prejudicar investigações ou procedimentos conduzidos pelas suas autoridades”; a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, *in verbis*: “Artigo 7.º [Auxílio judiciário mútuo] [...] 17 - A Parte requerida pode diferir o auxílio judiciário com fundamento em que ele perturba uma investigação, um procedimento criminal ou um processo judicial em curso. Neste caso, a Parte requerida consulta a Parte requerente a fim de determinar se o auxílio pode ainda ser concedido nas condições que esta entender necessárias. [...]”; e a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, *in verbis*: “Artículo 11. El Estado requerido podrá, con explicación de causa, postergar la ejecución de cualquier solicitud que le haya sido formulada en caso de que sea necesario continuar una investigación o procedimiento en el Estado requerido”.

condições que considere necessárias para o atendimento imediato do pedido, ou satisfazê-lo apenas parcialmente.⁶⁶⁸ Se a Parte requerente não concordar com os termos propostos pela Parte requerida, esta última poderá exercer a faculdade de adiar a prestação do auxílio. Se a Parte requerente aceitar os termos propostos pela Parte requerida, deverá respeitá-los.

Tanto a recusa como o diferimento do auxílio mútuo, devem ser devidamente fundamentados pela Parte requerida (artigo 27, parágrafo 7.º).

3.4.9 Restrições à utilização dos dados e informações

De uma forma geral, qualquer Estado Parte, ao fornecer dados ou informações, em conformidade com a Convenção de Budapeste, seja voluntariamente – em se tratando de auxílio mútuo prestado na ausência de um pedido (isto é, através do intercâmbio espontâneo de informações previsto pelo artigo 26) – ou em atendimento a um pedido de auxílio mútuo formulado por uma outra Parte – poderá impor determinados limites ou restrições à sua utilização.

Assim, de forma geral, o Estado Parte que fornece dados ou informações, ao abrigo da Convenção de Budapeste, poderá impor determinados limites ou restrições à sua utilização pelo Estado que as receber. Estes limites ou restrições funcionam, portanto, como condição para a prestação do auxílio mútuo e constam especificamente do parágrafo 2.º do artigo 26, no que diz respeito ao intercâmbio espontâneo de informações, e do parágrafo 2.º do artigo 28, no que se refere aos dados ou informações a serem fornecidas em resposta a um pedido de auxílio mútuo.

O parágrafo 2.º do artigo 28 permite que a Parte requerida, ao responder a um pedido de auxílio mútuo, possa impor duas condições ao fornecimento dos dados ou informações solicitadas pela Parte requerente.

⁶⁶⁸ Cf. artigo 27, parágrafo 6.º da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

Nos termos da alínea “b” do referido parágrafo, a Parte requerida poderá exigir da Parte requerente, como condição para o fornecimento dos dados ou informações solicitadas em um pedido de auxílio mútuo formulado ao abrigo da Convenção de Budapeste, que as ditas informações ou dados não sejam utilizados para fins de outras investigações ou procedimentos penais que não aqueles expressamente especificados no pedido de auxílio mútuo. Trata-se de norma geralmente prevista nos instrumentos internacionais sobre auxílio mútuo em matéria penal, e que a doutrina denomina de “princípio da especialidade com relação ao uso das informações ou provas obtidas” por intermédio do auxílio mútuo.⁶⁶⁹

Ressalte-se que, nos termos da Convenção de Budapeste, a Parte requerente apenas ficará adstrita à observância da regra da especialidade, quando previamente invocada pela Parte requerida, como condição para a prestação do auxílio mútuo. De forma que, para poder produzir os seus efeitos, ela terá que ser expressamente invocada pela Parte requerida, antes do fornecimento dos dados ou informações solicitadas; ou seja, para que ocorra a efetiva aplicação da restrição da especialidade no uso das informações ou dados fornecidos em cada caso concreto, é imprescindível que a Parte requerida expressamente a invoque, caso contrário a Parte requerente não ficará adstrita à sua observância⁶⁷⁰.

É neste ponto que a Convenção de Budapeste diverge de outros instrumentos internacionais sobre auxílio mútuo, uma vez que, os tratados e convenções internacionais sobre a matéria, ao tratarem da regra da especialidade, geralmente prevêm o dever de sua fiel observância pela Parte requerente, independentemente de a Parte requerida expressamente assim o exigir. De forma que, uma vez fornecidas as informações ou elementos de prova à Parte requerente, esta ficará automaticamente vinculada à observância da regra da especialidade, não sendo necessário expressa manifestação da Parte requerida

⁶⁶⁹ Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 151.

⁶⁷⁰ Esta é a conclusão a que podemos chegar quando da análise do parágrafo 2.º do art. 28 da Convenção de Budapeste, que apenas afirma que “a Parte requerida **poderá** (*may*) condicionar o fornecimento da informação [...]”. Cf. o item 278 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

neste sentido. O que, obviamente, não impede a Parte requerente de tentar obter o expresse consentimento da Parte requerida, visando isentar-se do dever de observância à referida regra da especialidade.

Ressalte-se que, esta parece ter sido a solução adotada, dentre outros instrumentos normativos internacionais, pela Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, que, em seu artigo 25, ao tratar da “*limitación al uso de información o pruebas*”, estatui que:

*El Estado requiriente no podrá divulgar o utilizar ninguna información o prueba obtenida en aplicación de la presente Convención para propósitos diferentes a aquellos especificados en la solicitud de asistencia, sin previo consentimiento de la Autoridad Central del Estado requerido. En casos excepcionales, si el Estado requiriente necesitare divulgar y utilizar, total o parcialmente, la información o prueba para propósitos diferentes a los especificados, solicitará la autorización correspondiente del Estado requerido, el que, a su juicio, podrá acceder o negar, total o parcialmente, lo solicitado [...].*⁶⁷¹

Da mesma forma, também outros relevantes instrumentos internacionais⁶⁷² parecem ter adotado solução semelhante no que se refere à regra da especialidade.

⁶⁷¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

⁶⁷² Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em seu artigo 7.º, parágrafo 13, estatui que: “A Parte requerente não comunicará nem utilizará, sem o consentimento prévio da Parte requerida, as informações ou as provas que esta lhe tiver fornecido, para qualquer outra investigação, procedimento criminal ou processo diferente dos indicados no pedido”. Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional em seu artigo 18, parágrafo 19, *in verbis*: “O Estado Parte requerente não comunicará nem utilizará as informações ou os elementos de prova, fornecidos pelo Estado Parte requerido, para efeitos de investigações, processos ou procedimentos judiciais diferentes dos mencionados no pedido, sem o consentimento prévio do Estado Parte requerido. [...]”. E também o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, em seu artigo 12, parágrafo 1.º, nestes termos: “Salvo consentimento prévio do Estado requerido, o Estado requerente somente poderá empregar a informação ou a prova obtida, em decorrência do presente Acordo, na investigação ou no procedimento indicado na solicitação”. Assim como, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu art. 46, parágrafo 19, *in verbis*: “O Estado Parte requerente não transmitirá nem utilizará, sem prévio consentimento do Estado Parte requerido, a informação ou as provas proporcionadas por este, para investigações, processos ou ações judiciais distintas daquelas indicadas na solicitação [...]”. Por outro lado, adotando critério semelhante àquele da Convenção de Budapeste, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, no parágrafo 1.º do seu art. 32 dispõe que: “A Parte requerida pode subordinar a execução de um pedido à condição de que as informações ou elementos de prova obtidos não sejam, sem o seu consentimento, utilizados ou transmitidos pelas autoridades da Parte requerente para fins de investigações ou de procedimentos diferentes dos especificados no pedido”. Entretanto, note-se que o parágrafo 2.º do mesmo artigo, permite à qualquer Estado Parte, “no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, mediante declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, *declarar* que as informações ou elementos de prova por ela fornecidos nos termos do presente Capítulo, *não poderão*,

No tocante à solução adotada pela Convenção de Budapeste, convém explicitar ainda que, quando a Parte requerida exigir a observância da regra da especialidade como condição para o atendimento a um pedido de auxílio mútuo formulado pela Parte requerente, restará a esta última duas opções: aceitar a condição imposta pela Parte requerida, ficando então vinculada ao seu fiel cumprimento; ou informar prontamente a Parte requerida de sua impossibilidade em satisfazer a condição exigida. Neste último caso, a Parte requerida estará livre para, legitimamente, recusar-se a atender ao pedido ou optar por fornecer à Parte requerente, as informações ou provas solicitadas, isentando-a, então, da observância da regra da especialidade (artigo 28, parágrafo 3.º).

Portanto, note-se que, a Convenção de Budapeste deixa ao exclusivo arbítrio da Parte requerida, a decisão sobre a aplicação ou não, da regra da especialidade, em cada caso concreto.

Nos termos do parágrafo 4.º do artigo 28, uma vez fornecidas as informações ou os dados, sob a condição da especialidade, a Parte requerida poderá exigir, da Parte requerente, esclarecimentos a respeito de sua efetiva utilização. Esta norma parece ter a função de permitir que a Parte requerida possa avaliar se a regra da especialidade terá sido ou não, fielmente cumprida pela Parte requerente.⁶⁷³

Através da regra da especialidade é possível coibir pedidos de auxílio mútuo eventualmente formulados com má-fé pela Parte requerente, com o intuito de se furtar à incidência dos fundamentos de recusa ou de outras causas impeditivas da cooperação em um dado caso concreto, como, por exemplo, naqueles casos em que a Parte requerente solicita o auxílio da Parte requerida, em relação a uma determinada investigação ou procedimento penal

sem o seu prévio consentimento, ser utilizados pelas autoridades da Parte requerente para fins de investigações ou de procedimentos diferentes dos especificados no pedido” [grifos nossos].

⁶⁷³ Entretanto, convém acrescentar que o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste considera que não seria razoável exigir-se da Parte requerente, um “relatório exageradamente minucioso” com todos os pormenores a respeito do efetivo uso das informações e/ou dados fornecidos, como, por exemplo, uma descrição detalhada de quantas vezes determinados dados teriam sido efetivamente acessados ou analisados pelas autoridades da Parte requerente. Cf. item 280 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

referente a um delito comum, quando sua real intenção é utilizar os dados ou informações, solicitados à Parte requerida, em outras investigações ou procedimentos penais relativos a delitos políticos, ou a outros delitos não contemplados no âmbito de aplicação da Convenção.

Portanto, tem razão de ser o princípio da especialidade, pois todo o sistema de fundamentos de recusa erigido em favor da pessoa concernida e do Estado requerido, não teria o menor sentido se o Estado requerente pudesse utilizar os dados e informações fornecidos em resposta a um pedido de auxílio mútuo, em qualquer outra investigação ou procedimento penal desvinculado daquele expressamente indicado no pedido.⁶⁷⁴

O princípio da especialidade atua, então, como um decisivo obstáculo às pretensões eventualmente arbitrárias, formuladas com desrespeito ao postulado da boa-fé que deve orientar o comportamento dos Estados soberanos em suas recíprocas relações no plano da comunidade internacional.

A outra condição que, nos termos do parágrafo 2.º do artigo 28, poderá ser imposta ao fornecimento de dados ou informações à Parte requerente, em resposta a um pedido de auxílio mútuo, consta de sua alínea “a”, nestes termos: a Parte requerida poderá exigir da Parte requerente, como condição para o fornecimento dos dados ou informações solicitados em um pedido de auxílio mútuo formulado ao abrigo da Convenção de Budapeste, que as ditas informações ou dados sejam mantidos confidenciais. A Convenção de Budapeste não esclarece de que maneira isto se deve realizar. Entendemos que significa que os dados ou informações fornecidas não poderão ser livremente divulgadas pelo Estado requerente, durante a realização dos seus atos processuais, senão em conformidade com os termos e condições previamente especificados pelo Estado requerido.

⁶⁷⁴ Pois, como bem salienta Raúl Cervini, “é sabido que em algumas jurisdições existe a perigosa tendência a ‘extrapolar’, ‘trasladar’ ou ‘transferir’ a prova obtida através de medidas concretas de cooperação judicial internacional a outros juízos ou outras investigações administrativas desvinculadas do processo no qual essas instâncias se geraram”. Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 152.

Se o Estado requerente aceitar os dados ou informações fornecidas sob as condições especificadas pelo Estado requerido, deverá, então, restringir a publicidade dos seus atos processuais que envolvam a necessária exposição dos referidos dados ou informações, o que poderá exigir que os atos processuais realizem-se em “segredo de justiça”.⁶⁷⁵ Por outro lado, se o Estado requerente não puder satisfazer as condições, informará ao Estado requerido, e este poderá, então, legitimamente, recusar-se a prestar as informações ou os dados solicitados pelo Estado requerente (artigo 28, parágrafo 3.º).

Registre-se que, outros importantes instrumentos internacionais sobre auxílio mútuo em matéria penal também consagram a referida norma.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ Convém ressaltar que o denominado princípio da *publicidade dos atos processuais* é geralmente reconhecido como uma garantia processual fundamental pelo ordenamento jurídico interno dos Estados contemporâneos. Entretanto, admite exceções em determinadas situações. Observe-se que a Constituição da República Portuguesa prevê, em seu art. 20, “a proteção do segredo de justiça” e o Código de Processo Penal português faz referência, em seu art. 86 aos casos em que se admitirá a realização de atos processuais em “segredo de justiça”. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 5.º, LX, que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Logo, como regra geral, os atos processuais devem ser públicos (realizados publicamente) isto é, devem desenvolver-se na presença das pessoas que quiserem assisti-los. Assim, segundo o art. 93, IX da Constituição Federal brasileira de 1988, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...]”. São públicos os atos processuais no sentido de que as audiências se realizam a portas abertas, com acesso franqueado ao público, e a todos é dado conhecer os atos e termos que no processo se contêm, obtendo traslados e certidões a respeito deles. Por isso, as audiências são públicas, as sentenças são publicadas, delas podendo-se pedir certidões. É com fundamento no princípio da publicidade dos atos processuais que a lei autoriza a consulta aos autos e que se expeçam certidões dos mesmos, a pedido de quem neles se julgue interessado. Entretanto, a regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção naqueles casos em que o *interesse público* aconselha a não divulgação. Há casos em que, por interesse de “ordem pública” e pelo respeito que merecem as questões de “foro íntimo”, a lei reduz a publicidade dos atos processuais apenas às próprias partes e a seus procuradores, correndo o processo “em segredo de justiça”, no qual apenas as partes e seus respectivos procuradores têm pleno acesso aos atos e termos do processo. Nestes processos, as audiências realizar-se-ão a portas fechadas, com a presença apenas do juiz e seus auxiliares, bem como das partes e seus advogados, e, ainda, do representante do Ministério Público. Trata-se da denominada *publicidade restrita*, segundo a qual os atos serão divulgados apenas às partes e seus respectivos procuradores, ou para um reduzido número de pessoas. Assim, a regra geral da publicidade dos atos processuais pode sofrer mitigações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, e como forma de garantia da intimidade da pessoa reclamada.

⁶⁷⁶ Dentre os quais podemos citar a Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Européia, que em seu art. 18, parágrafo 9.º, estabelece que “o Estado membro que recebe as informações prestadas nos termos dos n.ºs 3 e 4 deve assegurar a confidencialidade destas, de acordo com a sua legislação nacional”. A Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, também contempla norma semelhante em seu art. 33, parágrafo 2.º, *in verbis*: “A Parte requerente deve, se tal lhe for pedido e desde que isso não seja contrário aos princípios fundamentais do seu direito interno, manter confidenciais todos os meios de prova e informações transmitidos pela Parte requerida, exceto na medida necessária às investigações ou ao procedimento descritos no pedido”. Da mesma forma, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal contempla norma similar em seu art. 25, nestes termos: “[...] *Cuando resulte necesario, el Estado requerido podrá solicitar que la información o las pruebas suministradas se conserven en confidencialidad de conformidad con las condiciones que especifique la Autoridad Central. Si la Parte requiriente no puede*

A possibilidade de condicionar a prestação do auxílio mútuo à observância, pelo Estado requerente, de restrições relativas à divulgação dos dados ou informações, objeto de um pedido de auxílio mútuo, reveste-se de fundamental importância para fins de proteção de dados⁶⁷⁷, sobretudo em se tratando de pedidos de auxílio mútuo que envolvam a transmissão de dados de caráter pessoal⁶⁷⁸ considerados particularmente “sensíveis”, como,

cumplir con tal solicitud, las autoridades centrales se consultarán para determinar las condiciones de confidencialidad que mutuamente resultem convenientes”. O Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul, em seu art. 12, parágrafo 2.º, também estabelece que “A autoridade competente do Estado requerido poderá solicitar que a informação ou a prova obtida em virtude do presente Protocolo tenha caráter confidencial, de conformidade com as condições que especificará. Nesse caso, o Estado requerente respeitará tais condições. Se não puder aceitá-las, comunicará ao requerido, que decidirá sobre a prestação da cooperação”. No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional elenca norma semelhante, em seu art. 18, parágrafo 5.º, nestes termos: “[...] As autoridades competentes que recebam estas informações deverão satisfazer qualquer pedido no sentido de manter confidenciais as referidas informações, mesmo se apenas temporariamente, ou de restringir a sua utilização”. E a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu art. 46, parágrafo 5.º, *in verbis*: “[...] As autoridades competentes que recebem a informação deverão aquiescer a toda solicitação de que se respeite seu caráter confidencial, inclusive temporariamente, ou de que se imponham restrições a sua utilização”.

⁶⁷⁷ Cf. item 275 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste. Vale ressaltar que relevantes instrumentos internacionais têm reconhecido a necessidade de proteção aos dados de caráter pessoal. Neste sentido, conferir a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que reconhece a proteção dos dados de caráter pessoal como um *direito fundamental*, previsto no seu artigo 8.º, *in verbis*: “Todas as pessoas tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito [...]”. Digno de nota, também, é o Segundo Protocolo Adicional à Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, que adota, em seu art. 26, normas voltadas à “proteção de dados de caráter pessoal”, objeto de pedidos de auxílio mútuo formulados ao abrigo da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal. Merece especial destaque a norma do parágrafo 3.º do artigo 26 do mencionado diploma, segundo a qual “Qualquer Parte pode recusar transmitir os dados obtidos em resultado da execução de um pedido apresentado ao abrigo da Convenção ou de um dos seus Protocolos se: esses dados estiverem protegidos nos termos da sua legislação nacional; e a Parte para a qual os dados deviam ser transmitidos não estiver vinculada pela Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, feita em Estrasburgo, em 28 de janeiro de 1981, salvo se essa Parte se comprometer a conceder aos dados a mesma proteção que lhes é concedida pela primeira Parte”.

⁶⁷⁸ A Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, define “dados de caráter pessoal”, em seu artigo 2.º, alínea “a”, nestes termos: “Dados de caráter pessoal significa qualquer informação relativa a uma pessoa singular, identificada ou suscetível de identificação (titular dos dados)”. De acordo com o Relatório Explicativo da referida Convenção, uma pessoa singular “suscetível de identificação” significa uma pessoa que pode ser facilmente identificada, sem a necessidade de recorrer-se a métodos sofisticados de identificação; e a noção de “titular de dados” expressa a idéia de que a pessoa em questão tem um direito subjetivo com relação à informação sobre si mesma, mesmo quando tal informação seja obtida por outras pessoas. Cf. os itens 28 e 29 do Relatório Explicativo da Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal. No âmbito da União Européia, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, “relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, define “dados de caráter pessoal”, em seu art. 2.º, como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (pessoa em causa); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social” (alínea “a”).

por exemplo, “os dados de carácter pessoal que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras, bem como os dados relativos à saúde ou à vida sexual”.⁶⁷⁹

Entretanto, vale ressaltar que, da mesma forma que a regra da especialidade, a “cláusula de confidencialidade” aqui tratada, não incidirá sem a prévia manifestação da Parte requerida. De forma que, para produzir os seus efeitos, ela terá que ser expressamente invocada pela Parte requerida, antes do fornecimento dos dados ou informações, em resposta a um pedido de auxílio mútuo. Portanto, a decisão sobre a sua aplicação ficará a cargo exclusivo da Parte requerida, em cada caso concreto.

À Parte requerida também é facultado exigir uma prestação de esclarecimentos, pela Parte requerente, a respeito do uso das informações ou dados que lhe sejam fornecidos, no tocante ao cumprimento das condições de confidencialidade porventura impostas (artigo 28, parágrafo 4.º).

Registre-se ainda que, não há que se confundir a denominada “cláusula de confidencialidade”, aqui tratada, com a cláusula que permite à Parte requerente imprimir sigilo na tramitação do pedido de auxílio mútuo⁶⁸⁰ encaminhado à Parte requerida – disposição também geralmente prevista nos instrumentos internacionais sobre a matéria.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ Observe-se que os referidos dados pessoais são considerados particularmente “sensíveis” pela Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, que os contempla, em seu artigo 6.º, em uma lista não exaustiva de “categorias especiais de dados”, merecedores de proteção especial, e que “só poderão ser objeto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas”. Entretanto, convém ressaltar que a referida norma pode ser excepcionada sempre que for necessário “a) para a proteção da segurança do Estado, da segurança pública, dos interesses monetários do Estado ou para repressão das infrações penais; ou b) para a proteção do titular dos dados e dos direitos e liberdades de outrem” (art. 9.º, parágrafo 2.º).

⁶⁸⁰ “Article 27 – Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements. [...] 8. The requesting Party may request that the requested Party keep **confidential** the fact of any request made under this chapter as well as its subject, except to the extent necessary for its execution. If the requested Party cannot comply with the request for confidentiality, it shall promptly inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed” [grifos nossos]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁶⁸¹ Neste sentido, conferir o parágrafo 20 do artigo 18 da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, *in verbis*: “O Estado Parte requerente poderá exigir que o Estado Parte requerido guarde sigilo sobre o pedido e o seu conteúdo, salvo na medida do que for necessário para o executar. Se o Estado Parte requerido não puder satisfazer esta exigência, informará sem demora o Estado Parte requerente.” Da mesma forma, o artigo 9.º (“Carácter Confidencial”) do Protocolo de Assistência Jurídica em Assuntos Penais para o Mercosul, *in verbis*: “A pedido do Estado requerente, será mantido o carácter

A referida cláusula, prevista no parágrafo 8.º do artigo 27 da Convenção de Budapeste, permite à Parte requerente solicitar que o seu pedido de auxílio mútuo, bem como os fatos que o fundamentam, sejam mantidos sob sigilo pela Parte requerida. Trata-se da previsão de sigilo do próprio processo de cooperação, quanto a questões que, de acordo com a lei do Estado requerente, demandem “segredo de justiça”.

De fato, em determinadas situações, poderá ser necessário imprimir certa dose de sigilo na tramitação de um pedido de auxílio mútuo, seja em nome da proteção à intimidade das vítimas – como, por exemplo, nos casos de crimes com conotação sexual – ou por imperativos de “ordem pública” ditados pela segurança da sociedade e do Estado requerido (naqueles casos em que o “interesse público” aconselha a não divulgação dos fatos relativos ao pedido), ou ainda, quando se tratar de pedido cujo conhecimento prévio do indivíduo demandado puder frustrar a eficácia das medidas solicitadas⁶⁸².

confidencial da solicitação e de sua tramitação. Se a solicitação não puder ser cumprida sem que esse caráter confidencial seja infringido, o Estado requerido dará essa informação ao Estado requerente, que decidirá se insiste na solicitação”. Por sua vez, o parágrafo 14 do artigo 7.º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e o parágrafo 1.º do artigo 33 da Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, também contemplam norma semelhante.

⁶⁸² Registre-se que, os ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos geralmente admitem a possibilidade de aplicação do denominado “contraditório diferido ou postergado”, em relação a algumas medidas de natureza processual cujo conhecimento prévio dos indivíduos demandados possa frustrar a eficácia do pedido de cooperação. Neste sentido, no Brasil, o parágrafo único do artigo 8.º da Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça, estatui que: “A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_portarias/resolucao_09_05.pdf. Acesso em: 29/08/2007. O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou sobre a matéria, admitindo a possibilidade de contraditório diferido em sede de carta rogatória, nestes termos: “EMENTA: CARTA ROGATÓRIA. Exequatur. Medida cautelar penal. Diligências para identificação e apreensão de bens. Provento de infração penal. Ciência prévia do paciente. Inadmissibilidade. Risco de frustração das diligências. Caso de contraditório diferido, retardado ou postergado, mediante embargos ou agravo. Garantia de exercício pleno do direito de defesa. Ilegalidade inexistente. HC indeferido. Inteligência do art. 5º, LVI da CF e da Resolução n. 9/2005, do STJ. É legítima, em carta rogatória, a realização liminar de diligências sem a ciência prévia nem a presença do réu da ação penal, quando estas possam frustrar o resultado daquelas”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90485, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento em 10 de abril de 2007, D.J. de 8 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=carta%20rogatória%20e%20contraditório%20diferido&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20/09/2007. Observe-se que “no âmbito interno dos Estados parece impensável cogitar de contraditório prévio em medidas cautelares ou preparatórias de quebra dos sigilos bancário e telefônico, de busca e apreensão, de bloqueio de bens e ativos etc. Portanto, na cooperação judiciária internacional, não há razão plausível para adotar procedimento diverso, sob pena de inviabilizar o cumprimento das diligências solicitadas pela autoridade estrangeira. [...] Não se trata, portanto,

Dessa forma, ao formular qualquer pedido de auxílio mútuo, ao abrigo da Convenção de Budapeste, a Parte requerente poderá solicitar que a Parte requerida mantenha sigilo sobre o pedido formulado, o que, geralmente, exigirá, então, a tramitação do pedido em “segredo de justiça”.

Entretanto, a Parte requerida apenas estará obrigada a atender à referida solicitação de sigilo, na medida em que a execução das diligências solicitadas no pedido de auxílio mútuo não venha necessariamente a implicar, nos termos exigidos pela sua lei interna, a necessária divulgação prévia dos fatos às pessoas concernidas (parágrafo 8º do artigo 27 da Convenção de Budapeste). A Parte requerida não estará, então, obrigada a atender a uma solicitação de sigilo, porventura formulada pela Parte requerente no âmbito de um pedido de auxílio mútuo, naqueles casos em que a sua lei interna exigir a necessária notificação prévia das pessoas concernidas, como requisito indispensável para a execução das medidas solicitadas no pedido.⁶⁸³ Nestes casos, o Estado requerido informará prontamente o Estado

de supressão do contraditório, mas de aplicação do contraditório diferido”. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Centro de Cooperação Jurídica Internacional. *A questão do contraditório prévio na cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documentos/contraditorio_previo.pdf. Acesso em: 22/08/2007. p. 1. De fato, evidentemente, há casos em que a abertura de contraditório prévio, além de contribuir para o retardamento da concessão do *exequatur*, pode inviabilizar o cumprimento das diligências solicitadas pela autoridade estrangeira. Neste sentido, também Raúl Cervini afirma que o desconhecimento do indivíduo concernido acerca da medida de cooperação solicitada “parece legítimo e necessário quando se trata de diligências cujo conhecimento prévio do indivíduo pode frustrar a eficácia da medida”. Cf. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 76. Segundo a doutrina, nestes casos não haverá violação à garantia da bilateralidade da audiência, uma vez que “A observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar ou de combater, no processo, a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado”. Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 60. Observe-se que a própria Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, prevê, nos parágrafos do seu artigo 13, a possibilidade de exercício do direito de defesa, por meio de embargos a qualquer decisão referente ao cumprimento da carta rogatória e de agravo regimental contra a decisão que julgar os embargos, *in verbis*: “Art. 13. A carta rogatória, depois de concedido o *exequatur*, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente. § 1º No cumprimento da carta rogatória pelo Juízo Federal competente cabem embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, opostos no prazo de 10 (dez) dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, julgando-os o Presidente. § 2º Da decisão que julgar os embargos, cabe agravo regimental”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_portarias/resolucao_09_05.pdf. Acesso em: 29/08/2007.

⁶⁸³ De fato, a lei interna do Estado requerido poderá, porventura, exigir, como requisito necessário ao atendimento de determinadas medidas de segundo nível solicitadas em pedido de auxílio mútuo, a prévia notificação das pessoas suscetíveis de sofrer gravames quando da execução das referidas medidas. Nestes

requerente sobre a sua impossibilidade jurídica de atender à referida solicitação de sigilo. O Estado requerente poderá, então, optar por desistir do pedido de auxílio mútuo ou permitir que o mesmo seja executado na ausência de sigilo.⁶⁸⁴

Enfim, retornando ao tema das restrições à utilização dos dados e informações obtidas por intermédio do auxílio mútuo, podemos concluir que, as normas dispostas no artigo 28 da Convenção de Budapeste, permitem ao Estado requerido impor, tanto restrições à utilização, como à divulgação, pelo Estado requerente, dos dados ou informações solicitados em um pedido de auxílio mútuo⁶⁸⁵.

No tocante ao intercâmbio espontâneo de informações, previsto no artigo 26 da Convenção de Budapeste, o Estado Parte fornecedor das informações poderá impor restrições “gerais” à sua utilização pelo Estado Parte destinatário, além daquelas expressamente previstas no artigo 28. Note-se que o parágrafo 2.º do artigo 26, refere-se à “condições”, de maneira geral.⁶⁸⁶ Portanto, além daquelas expressamente previstas pelo artigo

casos, a Parte requerida não terá a obrigação de manter o sigilo solicitado. Note-se que, a lei interna da Parte requerida poderá exigir a notificação tanto da pessoa visada pela investigação ou processo penal, bem como de terceiros que porventura estejam na posse ou sob o controle de informações ou dados solicitados pela Parte requerente no pedido de auxílio mútuo.

⁶⁸⁴ Neste sentido, conferir a segunda parte do parágrafo 8.º do artigo 27, *in verbis*: “[...] *If the requested Party cannot comply with the request for confidentiality, it shall promptly inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed*”. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapeste, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁶⁸⁵ É importante recordar, ainda, que, as normas do presente artigo não vincularão as Partes envolvidas, quando já existir tratado de auxílio mútuo ou acordo celebrado com base em legislação uniforme ou recíproca, em vigor, entre a Parte requerente e a Parte requerida, salvo se estas concordarem em aplicar, em substituição àqueles instrumentos, as regras, no todo ou em parte, do presente artigo (artigo 28, parágrafo 1.º). Portanto, encontrando-se em vigor, entre as Partes requerente e requerida, algum dos referidos instrumentos, as normas relativas às restrições à utilização dos dados ou informações, previstas em tais instrumentos, aplicar-se-ão em lugar das normas constantes do presente artigo, salvo se as Partes envolvidas concordarem sobre a aplicação destas últimas. De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste, esta regra desempenha a mesma função da regra prevista no parágrafo 1.º do artigo 27 da Convenção, qual seja, a de evitar o conflito entre as normas da presente Convenção com as normas constantes de outros instrumentos internacionais, multilaterais ou bilaterais, sobre auxílio mútuo, vigentes entre as Partes requerente e requerida. Cf. item 276 do Relatório Explicativo da Convenção de Budapeste.

⁶⁸⁶ “Article 26 [...] 2. *Prior to providing such information, the providing Party may request that it be kept confidential or only used subject to conditions. If the receiving Party cannot comply with such request, it shall notify the providing Party, which shall then determine whether the information should nevertheless be provided. If the receiving Party accepts the information subject to the conditions, it shall be bound by them*” [grifo nosso]. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapeste, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006. Semelhante norma também se encontra disposta no parágrafo 2.º do artigo 11 do Segundo Protocolo Adicional à Convenção

28, também podem ser impostas outras restrições à utilização das informações, objeto de fornecimento espontâneo, nos termos do artigo 26 da Convenção de Budapeste.

Se o Estado Parte destinatário das informações não puder satisfazer as condições, porventura impostas pelo Estado Parte fornecedor, deverá informá-lo a esse respeito, que, então, decidirá se ainda pretende fornecer as informações espontaneamente. Por outro lado, se o Estado Parte destinatário informar que aceita receber as informações, conforme as condições estipuladas pelo Estado Parte fornecedor, ficará, então, obrigado a respeitá-las (artigo 26, parágrafo 2.º).

Por fim, podemos dizer que, as referidas restrições à utilização e divulgação dos dados e informações obtidas por intermédio do auxílio mútuo em matéria penal, constituem, portanto, salvaguardas de especial relevo, aplicáveis para fins de proteção dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. Aliás, vale salientar que, de forma geral, as disposições constantes da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime procuram estabelecer o necessário equilíbrio entre eficácia na prestação da cooperação penal internacional e o imprescindível respeito aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.

Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, *in verbis*: “A Parte que presta as informações pode, de acordo com a sua legislação nacional, sujeitar a determinadas condições a utilização dessas informações pela autoridade que as recebe”. No mesmo sentido também dispõe a norma do parágrafo 2.º do art. 7.º da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia, *in verbis*: “A autoridade que presta as informações pode, de acordo com a sua legislação nacional, sujeitar a determinadas condições a utilização dessas informações pela autoridade que as recebe”. Da mesma forma, o art. 18, parágrafo 5.º da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, *in verbis*: “[...] As autoridades competentes que recebam estas informações deverão satisfazer qualquer pedido no sentido de manter confidenciais as referidas informações, mesmo que temporariamente, ou de restringir a sua utilização”. E o artigo 46, parágrafo 5.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, nestes termos: “As autoridades competentes que recebem a informação deverão aquiescer a toda solicitação de que se respeite seu caráter confidencial, inclusive temporariamente, ou de que se imponham restrições a sua utilização”.

CONCLUSÕES

A Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime representa, indubitavelmente, um importante marco no instituto da cooperação penal internacional, na medida em que trata de promover relevantes desenvolvimentos, especialmente no tocante ao aperfeiçoamento das modalidades tradicionais de auxílio mútuo em matéria penal, de forma a atender com maior eficiência o combate às manifestações da “criminalidade informática”.

Até o seu advento, a comunidade internacional ainda não dispunha de instrumentos normativos internacionais sobre cooperação em matéria penal, especificamente direcionados a atender, com eficiência, às demandas impostas pelo novo contexto tecnológico, que, frequentemente, exige dos Estados a adoção de procedimentos de investigação criminal específicos no tocante à produção de elementos probatórios existentes na forma de dados informáticos (objetos intangíveis) armazenados ou em processo de transmissão entre sistemas informáticos ou redes de computadores.

De forma que, a adoção pelo Conselho da Europa, de um instrumento multilateral abrangente neste sentido, logrou preencher, em grande medida, as lacunas até então existentes na prestação do auxílio mútuo para fins de produção de elementos probatórios existentes na forma de dados informáticos armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos, porventura situados em Estados cuja legislação processual correspondente ainda não estivesse devidamente adaptada para atender às exigências processuais impostas pela nova realidade tecnológica.

Neste sentido, a Convenção de Budapeste trata de promover a relevante adaptação dos mecanismos tradicionais de produção de elementos probatórios, e também prevê outros mecanismos processuais *sui generis*, ambos especificamente direcionados ao atendimento das demandas atuais no contexto das investigações e procedimentos penais envolvendo a preservação, obtenção, coleta e interceptação de elementos probatórios

existentes na forma de dados informáticos (objetos intangíveis), conferindo, portanto, maior eficácia à persecução penal. Assim, com base na tradicional medida de busca e apreensão de objetos tangíveis, criou-se a medida de “busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados” (objetos intangíveis). Por outro lado, a “interceptação de telecomunicações” deu origem à “interceptação de dados de conteúdo” e à “coleta em tempo real de dados de tráfego”, especificamente direcionadas à coleta ou interceptação de dados em curso de transmissão entre sistemas informáticos.

Além das referidas adaptações dos mecanismos processuais tradicionais, os redatores da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime também trataram de introduzir em seu texto, outros mecanismos *sui generis*, especialmente formulados para atender às exigências de: a) preservação dos elementos probatórios existentes na forma de dados informáticos armazenados, através da adoção da medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados”, que permite evitar o seu prematuro perecimento; e b) celeridade nas investigações e processos penais, através da previsão da “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”, que permite identificar, com celeridade, outros provedores de serviços, porventura envolvidos no processo de transmissão de determinada comunicação informática.

A Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime logrou estruturar sólidas bases para a cooperação internacional em matéria penal entre os Estados, estabelecendo um detalhado regime geral de normas e “princípios gerais” aplicáveis a todas as modalidades de auxílio mútuo em matéria penal previstas em seu texto.

As suas disposições encontram-se, de forma geral, em harmonia com as soluções e critérios adotados pelos outros instrumentos internacionais sobre auxílio mútuo em matéria penal. Assim é que, o auxílio mútuo, nos termos da Convenção de Budapeste, será prestado pelas Partes, de maneira flexível, não apenas em conformidade com as normas previstas em seu texto, mas também através da aplicação de outros instrumentos

internacionais sobre cooperação em matéria penal, acordos celebrados com base na aplicação de legislação uniforme ou recíproca, e das leis internas das Partes. Trata-se de disposição que tem por finalidade evitar a superveniência de conflitos entre o regime geral de auxílio mútuo adotado pela Convenção de Budapeste e as normas de outros acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais sobre a matéria, em vigor entre os Estados Partes, permitindo a estes, a aplicação flexível de ambos.

A Convenção de Budapeste também permite que os pedidos de auxílio mútuo sejam executados em conformidade com os procedimentos especificados pela Parte requerente, exceto quando forem incompatíveis com a lei interna da Parte requerida. Trata-se de norma que visa atender ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade de prova exigidos pela lei interna da Parte requerente.

Importante previsão, consentânea com as novas linhas do instituto da cooperação internacional, a Convenção de Budapeste também adota a via das Autoridades Centrais para o trâmite dos pedidos de auxílio mútuo, e ainda, eventualmente, em casos de urgência, permite a transmissão direta dos pedidos entre as autoridades judiciárias das Partes, substituindo, portanto, o moroso trâmite por via diplomática, com o objetivo de conferir maior eficácia e celeridade à tramitação dos pedidos.

Da mesma forma, para imprimir maior celeridade à cooperação, há a possibilidade de transmissão dos pedidos de auxílio mútuo, em casos de urgência, através dos modernos meios de comunicação disponíveis, como, por exemplo, *fax* ou *e-mail*.

O regime de auxílio mútuo em matéria penal instituído pela Convenção de Budapeste, atende ainda a uma perspectiva que visa compatibilizar eficácia na assistência, respeito à soberania dos Estados envolvidos e a necessária proteção aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas concernidas. Assim é que, há previsão expressa em seu texto, como contrapartida das modalidades de auxílio mútuo instituídas para a repressão à criminalidade

informática, determinadas cláusulas ou mecanismos de salvaguarda, que estabelecem limites à cooperação, em um marco no qual a máxima eficiência na luta contra a criminalidade informática se realize sem violar os direitos e liberdades individuais das pessoas concernidas ou aquelas normas e princípios fundamentais que integrem a “ordem pública” do Estado requerido. São cláusulas que representam garantias processuais, tradicionalmente reconhecidas no âmbito dos demais instrumentos normativos sobre cooperação internacional em matéria penal, e que permitirão às autoridades requeridas decidirem, caso a caso, conforme o nível de assistência requerido, sobre o atendimento, diferimento ou recusa do auxílio mútuo porventura solicitado.

Neste sentido, a Convenção de Budapeste consagra o clássico postulado do respeito à “ordem pública” do Estado requerido, ao prever a possibilidade deste último recusar-se a prestar o auxílio solicitado pelo Estado requerente, “se considerar que o cumprimento do pedido poderá ser prejudicial à sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais”. Seguindo a mesma lógica, a Convenção de Budapeste também permite ao Estado requerido adiar o atendimento a um pedido de auxílio mútuo, nos casos em que a execução da medida solicitada for suscetível de interferir no curso normal de uma investigação ou procedimento penal pendente naquele Estado.

No que se refere ao âmbito de aplicação da Convenção de Budapeste, note-se que, apesar de as Partes estarem obrigadas a cooperar, em princípio, tanto nos casos de crimes informáticos, como nos casos de crimes tradicionais que envolvam a produção de elementos probatórios existentes em forma eletrônica, admite-se, entretanto, a possibilidade de recusa da cooperação nos casos referentes a delitos políticos ou delitos comuns conexos a delitos políticos, e também em virtude da natureza tributária da infração, desde que esta última não esteja compreendida dentre aquelas condutas expressamente dispostas nos artigos 2.º à 11 da Convenção de Budapeste.

No que diz respeito ao princípio da dupla incriminação – outra tradicional garantia processual com previsão expressa nos instrumentos normativos sobre cooperação internacional em matéria penal – note-se que, a Convenção de Budapeste adotou uma solução flexível, pois, não impõe a sua necessária observância como requisito indispensável para a prestação do auxílio mútuo entre as Partes, mas permite à Parte requerida, salvo disposição expressa em contrário, condicionar a prestação do auxílio mútuo à existência de dupla incriminação. Ao mesmo tempo, também adota critério flexível no tocante à verificação da dupla incriminação em cada caso concreto, considerando-se preenchido este requisito independentemente de diferenças pontuais na classificação ou no *nomen juris* dos delitos nos ordenamentos jurídicos internos da Parte requerente e da Parte requerida.

Necessário observar também que, o princípio da dupla incriminação interage de forma distinta com cada nível de assistência solicitado, atendendo, portanto, ao denominado “princípio da gradualidade nos requisitos”⁶⁸⁷. Note-se que, a ausência de dupla incriminação não poderá, em princípio, ser invocada pela Parte requerida, como legítimo fundamento de recusa, em se tratando de pedido de auxílio mútuo referente à medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados” – típica medida de primeiro nível. Por outro lado, no que diz respeito às medidas de “busca ou acesso, apreensão ou obtenção, e divulgação de dados informáticos armazenados”, “interceptação de dados de conteúdo” e “coleta em tempo real de dados de tráfego” (medidas de segundo nível), não haverá qualquer óbice à recusa da cooperação face à ausência de dupla incriminação.

Entretanto, no que se refere à “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”, note-se que a Convenção de Budapeste não tratou de atender, devidamente, ao “princípio da gradualidade nos requisitos” – em relação ao requisito da dupla incriminação – uma vez que, apesar de tratar-se de verdadeira medida de segundo nível – suscetível de causar

⁶⁸⁷ Sobre o referido princípio consultar o título “níveis ou graus de assistência” disposto no Capítulo 2 da presente dissertação.

gravame irreparável às pessoas concernidas no que diz respeito à violação do sigilo dos seus dados pessoais – a Convenção de Budapeste apenas admite a recusa da Parte requerida com base nos fundamentos de proteção à “ordem pública” e da existência de delito político ou conexo, excluindo, portanto, a possibilidade de recusa com base na ausência de dupla incriminação.

Entendemos que, neste ponto, a Convenção de Budapeste não adotou a melhor solução, uma vez que não se coaduna com a orientação doutrinária e com o critério geralmente adotado pelos instrumentos normativos sobre cooperação em matéria penal, no que se refere especificamente às medidas de segundo nível, que, por serem suscetíveis de acarretar gravame irreparável às pessoas concernidas, exigem o implemento de maiores garantias processuais. De fato, não nos parece razoável prescindir do requisito da dupla incriminação, em se tratando de medida de divulgação de dados – ainda que se tratem apenas de dados de tráfego – pois, impor restrições a interesses tão essenciais como a proteção à privacidade e ao sigilo dos dados de caráter pessoal, em prol da prestação de auxílio mútuo com relação a uma conduta que não constitui sequer uma infração penal conforme a lei do Estado requerido, não nos parece ser a solução mais apropriada.

Por sua vez, a Convenção de Budapeste contempla ainda a possibilidade de a Parte requerida impor restrições ao uso das informações ou dados a serem fornecidos à Parte requerente. Assim, a Parte requerida poderá exigir da Parte requerente, a observância do “princípio da especialidade com relação ao uso das informações ou provas obtidas” e, também, da regra da confidencialidade, como condições para o fornecimento dos dados ou informações solicitados em um pedido de auxílio mútuo. Tratam-se de relevantes dispositivos, comumente previstos nos modernos instrumentos normativos sobre auxílio mútuo em matéria penal, revestindo-se de fundamental importância para fins de proteção de dados, bem como para coibir pedidos de auxílio mútuo eventualmente formulados com má-fé

pela Parte requerente, com o intuito de se furtar à incidência dos fundamentos de recusa ou de outras causas impeditivas da cooperação em um dado caso concreto.

Enfim, pode-se constatar que, as referidas cláusulas limitativas da cooperação, previstas pela Convenção de Budapeste, refletem, em parte, aqueles “limites à cooperação”, que foram objeto de nossa análise no Capítulo 2 da presente dissertação e que constituem, portanto, os “princípios gerais” norteadores do instituto da moderna cooperação internacional em matéria penal como um todo.

Note-se que, apesar de a Convenção de Budapeste não contemplar, expressamente, todas aquelas cláusulas limitativas da cooperação, analisadas no Capítulo 2 da presente dissertação, as referidas cláusulas também poderão, em princípio, ser invocadas pela Parte requerida para denegar um pedido de auxílio mútuo, formulado ao abrigo da Convenção de Budapeste, uma vez que a norma do parágrafo 4.º do seu artigo 25 estabelece que

Salvo disposição em contrário expressamente prevista nos artigos do presente capítulo, o auxílio mútuo estará sujeito às **condições** fixadas pelo **direito interno** da Parte requerida ou pelos **tratados de auxílio mútuo** aplicáveis, incluindo os **fundamentos com base nos quais a Parte requerida poderá recusar a cooperação** [...] [grifos nossos].⁶⁸⁸

Portanto, observe-se então, que, como regra geral, a Parte requerida poderá invocar, também, outras cláusulas limitativas da cooperação – porventura previstas tanto em sua legislação interna como nos tratados de auxílio mútuo aplicáveis – para recusar o atendimento a um pedido formulado ao abrigo da Convenção de Budapeste, em cada caso concreto. Trata-se de uma regra geral, aplicável, salvo disposição em contrário, a todas as modalidades de auxílio mútuo admitidas pela Convenção de Budapeste, uma vez que, encontra-se inserida dentre os seus “princípios gerais relativos ao auxílio mútuo”.⁶⁸⁹

⁶⁸⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

⁶⁸⁹ Constituem expressas exceções à referida regra geral, a medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados” (artigo 29) e a “divulgação expedita de dados de tráfego preservados” (artigo 30), que apenas admitem, como legítimos fundamentos de recusa, invocáveis pela Parte requerida, a proteção à “ordem pública” e a existência de delito político ou conexo. No que se refere à medida de “preservação expedita de dados informáticos armazenados”, consideramos pertinente a solução adotada pela Convenção de

Dessa forma, podemos concluir que a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime logrou estruturar um moderno regime de auxílio mútuo em matéria penal, que, apesar de alguns descompassos pontuais – notadamente no que se refere ao escasso disciplinamento de limites à “divulgação expedita de dados de tráfego preservados” – encontra-se em consonância com os critérios e soluções adotadas pelos demais instrumentos normativos sobre auxílio mútuo em matéria penal, atendendo, portanto, aos princípios gerais norteadores da moderna cooperação internacional em matéria penal e aos limites impostos à sua prática. O que não implica, necessariamente, atravancar o fluxo dos atos de cooperação, senão legitimá-los em um marco no qual a máxima eficiência na luta contra a criminalidade informática se compatibilize com o devido respeito à soberania dos Estados e com a imprescindível proteção aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, que, em última análise, devem sempre constituir o principal centro de preocupação do Direito Penal e do instituto da cooperação internacional em matéria penal.

Budapeste, face à inexistência de possibilidade de a mera preservação acarretar gravames irreparáveis às pessoas concernidas, tratando-se, portanto, de medida de primeiro nível. Entretanto, no que diz respeito à “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”, pode-se observar que o critério adotado pela Convenção de Budapeste não se coaduna com a orientação doutrinária e com a solução geralmente adotada pelos demais instrumentos normativos sobre auxílio mútuo em matéria penal, que, geralmente, prevêm um elenco mais extenso de “limites à cooperação” – representados pelas condições e pelos fundamentos de recusa invocáveis pela Parte requerida – em se tratando de medidas de segundo nível. Não se olvide que, a “divulgação expedita de dados de tráfego” prevista no artigo 30 da Convenção de Budapeste, trata-se de uma típica medida de segundo nível, suscetível de causar gravame irreparável às pessoas concernidas, no que diz respeito à violação do sigilo dos dados pessoais, acarretando uma efetiva invasão da intimidade e da vida privada das pessoas concernidas. Dessa forma, vemos com algumas reservas a solução adotada pela Convenção de Budapeste, no que diz respeito à “divulgação expedita de dados de tráfego preservados”, uma vez que, estabelece um verdadeiro regime de divulgação de dados, mas não trata de oferecer à Parte requerida as mesmas faculdades de recusa admissíveis em sede de outras medidas de segundo nível, previstas pelos demais instrumentos normativos sobre auxílio mútuo em matéria penal.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AKDENIZ, Yaman. *An advocacy handbook for the non governmental organisations: the Council of Europe's Cyber-Crime Convention 2001 and the additional protocol on the criminalisation of acts of a racist or xenophobic nature committed through computer systems*. December 2003. Disponível em: http://www.cyber-rights.org/cybercrime/coe_handbook_crcl.pdf. Acesso em: 07/03/2007.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A criminalidade informática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados: execução de sentença penal estrangeira: novo conceito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 10, 1995.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Execução de sentença penal estrangeira: transferência de condenados. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 1, Brasília: publicação oficial, 1993;

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Extradicação: alguns aspectos fundamentais. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 326, ano 90, Abr./Jun. 1994.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. La extradición. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

ARAÚJO, Luiz Alberto; PRADO, Luiz Regis. Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 76, ano 19, out./dez. 1982.

ARAÚJO, Nádia de; CASELLA, Paulo Borba. *Integração jurídica interamericana*. São Paulo: LTR, 1998.

ARAÚJO, Nádia de; GAMA JÚNIOR, Lauro. *Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto854.rtf>. Acesso em: 03/09/2007.

ARAÚJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto; ALMEIDA, Ricardo R. Cooperação interjurisdicional no Mercosul: cartas rogatórias, homologação de sentenças e laudos arbitrais e informação do direito estrangeiro. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul: seus efeitos*

jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARGENTINA. *Ley de cooperacion internacional en materia penal* (Ley 24.767, sancionada: Diciembre 18 de 1996). Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/sp_arg-mla-leg-24-767.html. Acesso em: 21/06/2007.

ARGENTINA. *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la Republica Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos de América*, suscrito en Buenos Aires el 4 de diciembre de 1990. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_arg_usa24034.html. Acesso em: 02/09/2007.

ATHENIENSE, Alexandre. *Internet e o direito*. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

BADÁN, Didier Operti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales com especial referencia a los ultimos desarrollos convencionales en el ambito multilateral y bilateral. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

BADÁN, Didier Operti. La asistencia judicial internacional. In: SOSA, Angel Landoni (org.). *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1997.

BANISAR, David; HOSEIN, Gus. *A draft commentary on the Council of Europe Cybercrime Convention*. October 2000. Disponível em: http://privacy.openflows.org/pdf/coe_analysis.pdf. Acesso em: 23/11/2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASQUE, Guy. Introduction to the internet. In: MACKAAY, Ejan; POULIN, Daniel; TRUDEL, Pierre. (ed.). *The electronic superhighway*. Haia/London/Boston: Kluwer Law International, 1995.

BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central en el tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre la Republica Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América, especialmente en lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

BERGMAN, Eduardo Tellechea. La cooperación jurídica internacional del mero tramite y probatoria: un instrumento para la integración jurídica internacional. In: SOSA, Angel

Landoni (org.). *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

BERGMAN, Eduardo Tellechea. Protocolo sobre ajuda jurídica mútua em assuntos penais. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima. (org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BERMÚDEZ, Victor H. La cooperación jurisdiccional en materia penal: la extradición. In: SOSA, Angel Landoni (org.). *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

BLUM, Renato M. S. Opice. O processo eletrônico: assinaturas, provas, documentos e instrumentos digitais. In: BLUM, Renato M. S. Opice. (coord.). *Direito Eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL. *Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América*, celebrado Brasília, a 14 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/traites/pt-traites-mla-bra-usa.html>. Acesso em: 02/09/2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal*: Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarTextoAtualizado?idNorma=322206>. Acesso em: 22/08/2007.

BRASIL. *Código Penal*: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12/02/2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/constituicaofederal.html/cf1988_Em53.html. Acesso em: 23/08/2007.

BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980* (“Estatuto do Estrangeiro”). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=366138&seqTexto=34210&PalavrasDestaque=>. Acesso em: 24/08/2007.

BRASIL. Ministério Público Federal. Centro de Cooperação Jurídica Internacional. *A questão do contraditório prévio na cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documento/contraditorio_previo.pdf. Acesso em: 22/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005*. Disponível em: http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_portarias/resolucao_09_05.pdf. Acesso em: 29/08/2007.

BRASIL. *Transferência de pessoas condenadas*. 1. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/Departamento de estrangeiros, 2004.

BRASIL. *Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa*, celebrado em Brasília a 7 de Maio de 1991. Disponível em: http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/59_portugala.pdf. Acesso em: 21/04/2007.

CAIRNCROSS, Frances. *O fim das distâncias: como a revolução nas comunicações transformará nossas vidas*. Trad. Edite Sciulli e Marcos T. Rubino. São Paulo: Nobel, 2000.

CAMBRIDGE. *Advanced learner's dictionary*. Cambridge University Press: London, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. *O direito da informática*. 1992. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

CERVINI, Raúl. La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

CERVINI, Raúl. Principio de la gradualidad y el requisito de la doble incriminación. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

CERVINI, Raúl. Principios de la cooperación judicial internacional en asuntos penales. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

CERVINI, Raúl; CHAVES, Gastón. Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONFÉDÉRATION SUISSE. *Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) du 20 mars 1981*. Disponível em : http://www.admin.ch/ch/f/rs/351_1/a1.html. Acesso em: 22/08/2007.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, adotada em 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>. Acesso em: 27/04/2007.

COSTA, Marcelo Antonio Sampaio Lemos. *Computação forense*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*. Strasbourg, 28.I.2003. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>. Acesso em: 15/05/2006.

COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the European Convention on Extradition*. Strasbourg, 15.X.1975. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/086.htm>. Acesso em: 24/03/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 17.III.1978. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/099.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation No. R (89)9 of the Committee of Ministers to Member States on computer-related crime*, adopted by the Committee of Ministers on 13 September 1989 at the 428th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1989_9.pdf. Acesso em: 24/09/2006.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation No. R (95)13 of the Committee of Ministers to Member States concerning problems of criminal procedural law connected with information technology*, adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/combating_economic_crime/1_standard_settings/Rec_1995_13.pdf. Acesso em: 07/01/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Strasbourg, 28.I.1981. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>. Acesso em: 23/03/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Explanatory Report*. Strasbourg, 28.I.1981. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/108.htm>. Acesso em: 23/03/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Acesso em: 24/06/2006.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime. Explanatory Report*. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>. Acesso em: 22/09/2006.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*. Strasbourg, 8.XI.1990. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/141.htm>. Acesso em: 24/03/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Convention on the Transfer of Sentenced Persons*. Strasbourg, 21.III.1983. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>. Acesso em: 23/02/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. Warsaw, 16.V.2005. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm>. Acesso em: 13/04/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*. Warsaw, 16.V.2005. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm>. Acesso em: 11/04/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Criminal Law Convention on Corruption*. Strasbourg, 27.I.1999. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>. Acesso em: 24/10/2006.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Extradition*. Paris, 13.XII.1957. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>. Acesso em: 24/03/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 20.IV.1959. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*. The Hague, 28.V.1970. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/070.htm>. Acesso em: 12/04/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders*. Strasbourg, 30.XI.1964. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>. Acesso em: 13/02/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Suppression of Terrorism*. Strasbourg, 27.I.1977. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/090.htm>. Acesso em: 15/02/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*. Strasbourg, 15.V.1972. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>. Acesso em: 12/04/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition*. Strasbourg, 17.III.1978. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/098.htm>. Acesso em: 14/02/2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*. Strasbourg, 8.XI.2001. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/182.htm>. Acesso em: 22/01/2007.

DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. Coimbra: Almedina, 2003.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DI GIOVANNI, Adriana. La cooperación policial internacional. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

EUROPEAN UNION. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Creating a safer information society by improving the security of information infrastructures and combating computer-related crime* (COM (2000)890). Brussels, 26.01.2001. Disponível em: <http://europa.eu.int/ISPO/eif/InternetPoliciesSite/Crime/CrimeCommEN.html>. Acesso em: 17/06/2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Dicionário Aurélio eletrônico*: século XXI. v. 3.0, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, nov. 1999. CD-ROM.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIERRO, Guillermo J. *La ley penal y el derecho internacional*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

FIORATI, Jete Jane. *Jus Cogens*: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Unesp-FHDSS, 2002.

GOLDIM, José Roberto. *Confidencialidade*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/confiden.htm>. Acesso em: 28/08/2007.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*: lei n. 9.296, de 24.07.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Algumas observações sobre o direito penal e a internet*. In: Boletim IBCCRIM, edição especial, n. 95, outubro 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista Forense*, vol. 373, ano 100, Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*: parte geral. 1. vol. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KANAAN, João Carlos. *Informática global*: tudo o que você precisa saber sobre informática. São Paulo: Pioneira, 1998.

KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática*: avaliação e propostas de atualização do quadro normativo. Brasília: Instituto Rio Branco/Fundação Alexandre de Gusmão, 2004.

LANCHARRO, E. Alcalde; FERNANDEZ, S. Peñuelas; LOPEZ, M. Garcia. *Informática básica*. São Paulo: Markron Books, 1996.

LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. *Sistemas de informação*. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

LEITE, Flamarion Tavares. *Os nervos do poder*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw, e-commerce. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Informática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1976.

MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/ Edesp, 2004.

MATTOS, João Metello de. *Sociedade do conhecimento: da teoria de sistemas à telemática*. Brasília: ESAF/Universidade de Brasília, 1982.

McCLURE, Stuart; SCAMBRAY, Joel. *How hackers cover their tracks*. Disponível em: <http://www.cnn.com/TECH/computing/9901/25/hacktracts.idg/index.html/>. Acesso em: 22/08/2006.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MERCOSUL. *Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul*, adotado em 10 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_3268.htm. Acesso em: 22/11/2006.

MERCOSUL. *Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile*, adotado em 10 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5867_2006.htm. Acesso em: 24/11/2006.

MERCOSUL. *Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*, adotado em 25 de junho de 1996. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mercopenal.htm>. Acesso em: 02/10/2006.

NORTON, Peter. *Introdução à informática*. Trad. Maria Claudia Santos Ribeiro Ratto. São Paulo: Makron Books, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*, assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*, adotada em Viena, a 20 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-29-1991.html>. Acesso em: 22/02/2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional*, adotada em 15 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>. Acesso em: 23/02/2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada em 31 de outubro de 2003. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_5687_2006.htm. Acesso em: 17/01/2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo*, adotada em Nova Iorque em 9 de Dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-n51-2002terrorismo.html>. Acesso em: 25/02/2007.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convencion Interamericana sobre Extradición*, adotada em 25 de fevereiro de 1981. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>. Acesso em: 14/10/2006.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convencion Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adotada em 23 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-55.html>. Acesso em: 14/10/2006.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convencion Interamericana contra la Corrupción*, adotada em Caracas a 29 de março de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>. Acesso em: 14/10/2006.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, adotada em Bridgetown a 03 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-66.html>. Acesso em: 14/10/2006.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-57.html> Acesso em: 14/11/2006.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2003.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. Disponível em: <http://www.portolegal.com/CPPen.htm>. Acesso em: 21/03/2007.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, aprovada em 02 de abril de 1976. Disponível em: http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/index.html. Acesso em: 22/04/2007.

PORTUGAL. *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (lei n. 144/99, de 31 de agosto). Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em: 22/03/2007.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Instituto Francisco de Vitoria, tomo I, 1955.

ROCHA, Manuel Antonio Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal: comentários*. Lisboa: Aequitas, 1992.

ROQUE, Sérgio Marcos. Crimes de informática e investigação policial. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.) et al. *Justiça penal: críticas e sugestões: justiça criminal moderna*, n. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

RUSSOMANO, Gilda Maciel C. Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SAWAYA, Márcia Regina. *Dicionário de informática e internet*. São Paulo: Nobel, 1999.

SILVA, Carlos A. C. Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, Paulo Quintiliano da. *Cooperação policial internacional no combate aos crimes cibernéticos*. Disponível em: http://www.modulo.com.br/pdf/iccyber_paulo.pdf. Acesso em: 21/10/2006.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Anotações sobre o Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional*. Disponível em: <http://www.uff.br/direito/artigos/anteprojotodelei.pdf>. Acesso em: 22/08/2007.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THOMAS, Douglas; LOADER, Brian D. (eds.). *Cybercrime: law enforcement, security and surveillance in the information age*. New York: Routledge, 2000.

TIZZANO, António; VILAÇA, José Luiz; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Código da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1997.

TORRES, Gabriel. *Hardware: curso completo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Axcel Books, 1999.

UNIÃO EUROPÉIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia*, adotada em 18 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 24/04/2007.

UNIÃO EUROPÉIA. *Convenção que cria um Serviço Europeu de Polícia (Convenção Europol)*, adotada em 26 de julho de 1995. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/conv-rar-60-1997.html>. Acesso em: 23/01/2007.

UNIÃO EUROPÉIA. *Convenção relativa à Extradicação entre os Estados Membros da União Européia*, adotada em Dublin, em 27 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-40-1998.html>. Acesso em: 21/01/2007.

UNIÃO EUROPÉIA. *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia*, adotada em 29 de maio de 2000. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar63_2001.html. Acesso em: 21/11/2006.

UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, “relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas)”*. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2002/l_201/l_20120020731pt00370047.pdf. Acesso em: 03/01/2007.

UNIÃO EUROPÉIA. Grupo de Trabalho de Proteção de Dados. *Parecer 4/2001 relativo ao Projeto de Convenção do Conselho da Europa sobre a Cibercriminalidade*, adotado em 22 de Março de 2001. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp41pt.pdf. Acesso em: 28/01/2007.

UNIÃO EUROPÉIA. *Protocolo da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Européia*, adotado em Luxemburgo a 16 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/rar-61-2006.html>. Acesso em: 21/02/2006.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado da União Européia (TUE)*, adotado em Maastricht, em 07 de Fevereiro de 1992. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>. Acesso em: 23/03/2007.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Disponível em: <http://europa.eu.int/spain/novedades/documentos/31995L46.htm>. Acesso em: 12/09/2006.

UNITED NATIONS. *International review of criminal policy: United Nations Manual on the prevention and control of computer-related crime*. Disponível em: <http://www.uncjin.org/Documents/irpc4344.pdf>. Acesso em: 14/06/2006.

UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Code. Title 18, Part I, Chapter 47, § 1030. Fraud and related activity in connection with computers*. Disponível em:

http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00001030----000-.html.

Acesso em: 29/08/2007.

URUGUAY. *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América, suscrito el día 6 de mayo de 1991*. Disponível em:

http://www.oas.org/juridico/mla/sp/traites/sp_traites-mla-ury-usa-1991.html. Acesso em: 02/09/2007.

VAREJÃO, Marcela. Desenvolvimento da cooperação penal internacional: sob o impulso da economia do crime. In: *Verba juris: Anuário da pós-graduação em Direito*, ano 1, n. 1, jan./dez. 2002, João Pessoa: Editora Universitária, 2002.

VENÂNCIO, Pedro Dias. *Investigação e meios de prova na criminalidade informática*. Dezembro de 2006. Disponível em:

<http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/meiosprovacriminalidadeinformatica.pdf>. Acesso em: 02/04/2007.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguillar. 1955.

VERVAELE, John. Cooperação em matéria penal na União Européia. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima. (org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Túlio Lima. Hackers: um estudo criminológico da subcultura cyberpunk. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz; IRIARTE, Erick; PINTO; Márcio Morena (orgs.). *Informática e internet: aspectos legais internacionais*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

WEBER, Raul Fernando *Criptografia contemporânea*. Disponível em:

<http://www.inf.ufsc.br/~mauro/curso/redes/cripto.doc>. Acesso em: 05/09/2007.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. São Paulo: Cultrix, 1984.

ZULUAGA, Ricardo Gorosito. Una visión macropolítica de los procesos de la cooperación en el contexto del emergente orden post-estatal. In: *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

GLOSSÁRIO

Acesso: ação humana de ler ou visualizar dados armazenados em um sistema informático.

Ataques de negação de serviço (*DoS – Denial-of-service attacks*): remessa deliberada de uma grande quantidade de dados a um *website*, com o fim de levá-lo à inoperância por sobrecarga operacional.

Autenticação: processo utilizado para confirmar a identidade de uma pessoa ou entidade, ou para garantir a fonte de uma mensagem.

Autorização de acesso: legitimidade jurídica para acessar determinados dados armazenados em um sistema informático.

Backbones: estruturas de cabos de telecomunicações, responsáveis pela comunicação dos dados entre sistemas informáticos.

Bit: acrônimo de Binary digIT; trata-se da menor unidade de informação que um sistema informático é capaz de processar, representada em linguagem binária (0 e 1).

Browser: programa de computador que permite a “navegação” na *Internet*.

Chats: salas virtuais de “bate-papo” disponíveis na *Internet* para comunicação em tempo real.

Cibercrime: expressão utilizada na língua portuguesa como equivalente do termo *cybercrime* empregado pela língua inglesa como referência às condutas delituosas que envolvem sistemas e dados informáticos.

Confidencialidade: condição na qual os dados pessoais são mantidos secretos e divulgados apenas para as partes autorizadas.

Cookies: dispositivos informáticos que guardam informações sobre o visitante de uma página na *Internet*.

Criptografia: disciplina que trata dos princípios, meios e métodos para a transformação de dados, de forma a proteger a informação contra acesso não autorizado ao seu conteúdo.

Dados informáticos: informações sob a forma de textos, imagens ou sons, armazenados, processados ou transmitidos por sistemas informáticos, incluindo os *softwares* ou programas de computador.

Digital Subscriber Line (DSL): “linha de assinante digital” que proporciona ao usuário um serviço otimizado de conexão à *Internet*, vulgarmente denominado “banda larga”.

Disco rígido (*hard disk*): disco magnético com grande capacidade de armazenamento de dados, inserido em uma unidade de processamento de dados (CPU).

Download: “descarregamento” de dados no sistema informático do usuário; é o processo através do qual dados informáticos são transferidos de um sistema informático conectado a uma rede de computadores a outro.

E-mail: mensagem transmitida através de serviço de correio eletrônico.

Endereço IP (*Internet Protocol*): número de identificação atribuído a cada sistema informático durante a conexão à *Internet*.

Hacker: agente invasor de sistemas informáticos alheios.

Hacking: conduta de invasão a sistemas informáticos alheios.

Hardware: unidade física do sistema informático; dispositivo ou grupo de dispositivos de natureza tangível que compõem um sistema informático, são eles o processador, a placa-mãe, a memória RAM, o disco rígido, mouse, teclado, monitor, *scanner* etc.

Hipertexto: uma forma não linear de apresentar e consultar informações.

Home banking: serviço bancário que o cliente pode acessar via *modem*, a partir de qualquer lugar.

Instant messenger: serviço de mensagens instantâneas.

Interceptação: captação, escuta, monitoramento ou vigilância do conteúdo das comunicações em curso de transmissão entre sistemas informáticos.

Internauta: usuário da *Internet*.

Intranet: rede interna de computadores, geralmente presente em uma empresa ou organização.

LAN (Local Area Network): rede de computadores de abrangência local, restrita a poucas residências, empresas ou escritórios.

Link: vínculo de hipertexto que, ao ser acionado, remete o usuário da *Internet* a uma outra página da *World Wide Web*.

Log-in: a data e a hora do início do estabelecimento da conexão com o servidor.

Log-off: a data e a hora do fim do estabelecimento da conexão com o servidor.

Mailbox: caixa de correio eletrônico; o espaço do disco rígido de um sistema informático utilizado para armazenar *e-mails*.

Memória RAM (*Random-access memory*): memória de acesso aleatório, que retém dados enquanto houver suprimento de energia elétrica na unidade de processamento de dados.

Mensagem eletrônica: registro contendo uma representação digital das informações; dados informáticos criados, enviados, recebidos e armazenados em forma eletrônica.

Modem: dispositivo que permite o envio e recebimento de dados informáticos via linha telefônica.

Monitor: dispositivo de exibição visual de dados.

Mouse: dispositivo manual de entrada de dados.

Off-line: quando o dispositivo, grupo de dispositivos ou o sistema informático não se encontra conectado em rede.

On-line: quando o dispositivo, grupo de dispositivos ou o sistema informático encontra-se conectado em rede.

Periféricos: grupo de dispositivos diretamente conectados a uma unidade de processamento de dados (CPU), como *mouse*, impressora, *scanner*, monitor, teclado etc.

Permissão de acesso: atributos que controlam o acesso a arquivos e diretórios de um sistema informático.

Programa de computador: o mesmo que *software*.

Protocolo: conjunto de regras que regula a transmissão de dados entre sistemas informáticos.

Provedor de serviços: prestador de serviços de conexão à rede, de armazenamento de dados (*e-mail*), de hospedagem de páginas (*hosting*) e de acesso a conteúdos na *Internet*.

Rede de computadores: conjunto de sistemas informáticos interconectados.

Redes de telecomunicação: meios que proporcionam a transmissão de imagens, impulsos, informação, sinais e sons através de estruturas físicas próprias.

Registro: informação registrada em um meio tangível (v.g. um documento escrito) ou armazenada em um meio eletrônico ou qualquer outro meio perceptível.

Roteador: componente de rede que viabiliza a conexão entre duas ou mais redes.

Scanner: equipamento destinado à digitalização de imagens a partir de originais impressos em papel, em filme fotográfico ou em transparências.

Senha: código ou chave de acesso a um sistema e aos dados nele armazenados.

Servidor: sistema informático responsável pelo oferecimento de recursos técnicos aos computadores dos usuários de uma rede de computadores, como o armazenamento de dados, o envio de *e-mails* e o próprio acesso dos usuários à rede.

Sistema informático: compreende o conjunto de dispositivos de *hardware* e *software*.

Site: o mesmo que *website*.

Software: o mesmo que programa de computador; conjunto de instruções em linguagem binária, necessárias para o computador executar uma tarefa qualquer. Dentre os *softwares* existem os denominados sistemas operacionais (como Windows, Linux etc.) que são responsáveis pelo controle da alocação e uso dos recursos do *hardware*.

Suporte de dados: unidade de armazenamento de dados, como um disquete, CD-ROM, *pen-drive* etc.

Unidade de processamento de dados (*CPU – central processing unit*): a parte central de um computador, constituído pelo processador, disco rígido, placa-mãe, memória RAM etc.

Virtual: aquilo que só existe de uma maneira intangível.

Vírus de computador: programa de computador desenvolvido para danificar outros programas ao ser executado em um sistema informático.

WAN (Wide Area Network): rede de computadores de larga abrangência, como a *Internet*.

Webmail: serviço de correio eletrônico.

Webmaster: administrador de um sistema informático, que normalmente goza de autorização de acesso aos dados nele armazenados, para os fins próprios de manutenção do sistema.

Webpage: conjunto de dados e informações variadas que se encontram inter-relacionadas, incluindo textos, imagens e sons, disponíveis em um *website* ou endereço eletrônico na *Internet*.

Website: o mesmo que *site*; é o endereço eletrônico responsável pela alocação de conjuntos de dados em hipertexto conectados entre si, e que são exibidos via *Internet*, isto é, trata-se de um conjunto de *webpages* inter-relacionadas.

World Wide Web: todo o conjunto interligado de *websites* e *webpages*; pode ser descrita como um sistema de hipermídia para a recuperação de informações através da *Internet*.

ANEXO



Convention on Cybercrime

Budapest, 23.XI.2001

Preamble

The member States of the Council of Europe and the other States signatory hereto,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Recognising the value of fostering co-operation with the other States parties to this Convention;

Convinced of the need to pursue, as a matter of priority, a common criminal policy aimed at the protection of society against cybercrime, *inter alia*, by adopting appropriate legislation and fostering international co-operation;

Conscious of the profound changes brought about by the digitalisation, convergence and continuing globalisation of computer networks;

Concerned by the risk that computer networks and electronic information may also be used for committing criminal offences and that evidence relating to such offences may be stored and transferred by these networks;

Recognising the need for co-operation between States and private industry in combating cybercrime and the need to protect legitimate interests in the use and development of information technologies;

Believing that an effective fight against cybercrime requires increased, rapid and well-functioning international co-operation in criminal matters;

Convinced that the present Convention is necessary to deter action directed against the confidentiality, integrity and availability of computer systems, networks and computer data as well as the misuse of such systems, networks and data by providing for the criminalisation of such conduct, as described in this Convention, and the adoption of powers sufficient for effectively combating such criminal offences, by facilitating their detection, investigation and prosecution at both the domestic and international levels and by providing arrangements for fast and reliable international co-operation;

Mindful of the need to ensure a proper balance between the interests of law enforcement and respect for fundamental human rights as enshrined in the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and other applicable international human rights treaties, which reaffirm the right of everyone to hold opinions without interference, as well as the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and the rights concerning the respect for privacy;

Mindful also of the right to the protection of personal data, as conferred, for example, by the 1981 Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data;

Considering the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child and the 1999 International Labour Organization Worst Forms of Child Labour Convention;

Taking into account the existing Council of Europe conventions on co-operation in the penal field, as well as similar treaties which exist between Council of Europe member States and other States, and stressing that the present Convention is intended to supplement those conventions in order to make criminal investigations and proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data more effective and to enable the collection of evidence in electronic form of a criminal offence;

Welcoming recent developments which further advance international understanding and co-operation in combating cybercrime, including action taken by the United Nations, the OECD, the European Union and the G8;

Recalling Committee of Ministers Recommendations No. R (85) 10 concerning the practical application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters in respect of letters rogatory for the interception of telecommunications, No. R (88) 2 on piracy in the field of copyright and neighbouring rights, No. R (87) 15 regulating the use of personal data in the police sector, No. R (95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunication services, with particular reference to telephone services, as well as No. R (89) 9 on computer-related crime providing guidelines for national legislatures concerning the definition of certain computer crimes and No. R (95) 13 concerning problems of criminal procedural law connected with information technology;

Having regard to Resolution No. 1 adopted by the European Ministers of Justice at their 21st Conference (Prague, 10 and 11 June 1997), which recommended that the Committee of Ministers support the work on cybercrime carried out by the European Committee on Crime Problems (CDPC) in order to bring domestic criminal law provisions closer to each other and enable the use of effective means of investigation into such offences, as well as to Resolution No. 3 adopted at the 23rd Conference of the European Ministers of Justice (London, 8 and 9 June 2000), which encouraged the negotiating parties to pursue their efforts with a view to finding appropriate solutions to enable the largest possible number of States to become parties to the Convention and acknowledged the need for a swift and efficient system of international co-

operation, which duly takes into account the specific requirements of the fight against cybercrime;

Having also regard to the Action Plan adopted by the Heads of State and Government of the Council of Europe on the occasion of their Second Summit (Strasbourg, 10 and 11 October 1997), to seek common responses to the development of the new information technologies based on the standards and values of the Council of Europe;

Have agreed as follows:

Chapter I – Use of terms

Article 1 – Definitions

For the purposes of this Convention:

- a "computer system" means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data;
- b "computer data" means any representation of facts, information or concepts in a form suitable for processing in a computer system, including a program suitable to cause a computer system to perform a function;
- c "service provider" means:
 - i any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of a computer system, and
 - ii any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service.
- d "traffic data" means any computer data relating to a communication by means of a computer system, generated by a computer system that formed a part in the chain of communication, indicating the communication's origin, destination, route, time, date, size, duration, or type of underlying service.

Chapter II – Measures to be taken at the national level

Section 1 – Substantive criminal law

Title 1 – Offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems

Article 2 – Illegal access

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the access to the whole or any part of a computer system without right. A Party may require that the offence be committed by infringing security measures, with the intent of obtaining computer data or other dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system.

Article 3 – Illegal interception

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the interception without right, made by technical means, of non-public transmissions of computer data to, from or within a computer system, including electromagnetic emissions from a computer system carrying such computer data. A Party may require that the offence be committed with dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system.

Article 4 – Data interference

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the damaging, deletion, deterioration, alteration or suppression of computer data without right.

2 A Party may reserve the right to require that the conduct described in paragraph 1 result in serious harm.

Article 5 – System interference

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the serious hindering without right of the functioning of a computer system by inputting, transmitting, damaging, deleting, deteriorating, altering or suppressing computer data.

Article 6 – Misuse of devices

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right:

a the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of:

i a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5;

ii a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed,

with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and

b the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches.

2 This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5 of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system.

3 Each Party may reserve the right not to apply paragraph 1 of this article, provided that the reservation does not concern the sale, distribution or otherwise making available of the items referred to in paragraph 1 a.ii of this article.

Title 2 – Computer-related offences

Article 7 – Computer-related forgery

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the input, alteration, deletion, or suppression of computer data, resulting in inauthentic data with the intent that it be considered or acted upon for legal purposes as if it were authentic, regardless whether or not the data is directly readable and intelligible. A Party may require an intent to defraud, or similar dishonest intent, before criminal liability attaches.

Article 8 – Computer-related fraud

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the causing of a loss of property to another person by:

- a any input, alteration, deletion or suppression of computer data,
- b any interference with the functioning of a computer system,

with fraudulent or dishonest intent of procuring, without right, an economic benefit for oneself or for another person.

Title 3 – Content-related offences

Article 9 – Offences related to child pornography

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:

- a producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;
- b offering or making available child pornography through a computer system;
- c distributing or transmitting child pornography through a computer system;
- d procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;
- e possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.

2 For the purpose of paragraph 1 above, the term "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts:

- a a minor engaged in sexually explicit conduct;
- b a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;
- c realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

3 For the purpose of paragraph 2 above, the term "minor" shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

4 Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e, and 2, sub-paragraphs b. and c.

Title 4 – Offences related to infringements of copyright and related rights

Article 10 – Offences related to infringements of copyright and related rights

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the infringement of copyright, as defined under the law of that Party, pursuant to the obligations it has undertaken under the Paris Act of 24 July 1971 revising the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the WIPO Copyright Treaty, with the exception of any moral rights conferred by such conventions, where such acts are committed wilfully, on a commercial scale and by means of a computer system.

2 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the infringement of related rights, as defined under the law of that Party, pursuant to the obligations it has undertaken under the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations (Rome Convention), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the WIPO Performances and Phonograms Treaty, with the exception of any moral rights conferred by such conventions, where such acts are committed wilfully, on a commercial scale and by means of a computer system.

3 A Party may reserve the right not to impose criminal liability under paragraphs 1 and 2 of this article in limited circumstances, provided that other effective remedies are available and that such reservation does not derogate from the Party's international obligations set forth in the international instruments referred to in paragraphs 1 and 2 of this article.

Title 5 – Ancillary liability and sanctions

Article 11 – Attempt and aiding or abetting

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, aiding or abetting the commission of any of the offences established in accordance with Articles 2 through 10 of the present Convention with intent that such offence be committed.

2 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, an attempt to commit any of the offences established in accordance with Articles 3 through 5, 7, 8, and 9.1.a and c. of this Convention.

3 Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 2 of this article.

Article 12 – Corporate liability

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for a criminal offence

established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within it, based on:

- a a power of representation of the legal person;
- b an authority to take decisions on behalf of the legal person;
- c an authority to exercise control within the legal person.

2 In addition to the cases already provided for in paragraph 1 of this article, each Party shall take the measures necessary to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of a criminal offence established in accordance with this Convention for the benefit of that legal person by a natural person acting under its authority.

3 Subject to the legal principles of the Party, the liability of a legal person may be criminal, civil or administrative.

4 Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offence.

Article 13 – Sanctions and measures

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 are punishable by effective, proportionate and dissuasive sanctions, which include deprivation of liberty.

2 Each Party shall ensure that legal persons held liable in accordance with Article 12 shall be subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions or measures, including monetary sanctions.

Section 2 – Procedural law

Title 1 – Common provisions

Article 14 – Scope of procedural provisions

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish the powers and procedures provided for in this section for the purpose of specific criminal investigations or proceedings.

2 Except as specifically provided otherwise in Article 21, each Party shall apply the powers and procedures referred to in paragraph 1 of this article to:

- a the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention;

- b other criminal offences committed by means of a computer system; and
- c the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

3 a. Each Party may reserve the right to apply the measures referred to in Article 20 only to offences or categories of offences specified in the reservation, provided that the range of such offences or categories of offences is not more restricted than the range of offences to which it applies the measures referred to in Article 21. Each Party shall consider restricting such a reservation to enable the broadest application of the measure referred to in Article 20.

b Where a Party, due to limitations in its legislation in force at the time of the adoption of the present Convention, is not able to apply the measures referred to in Articles 20 and 21 to communications being transmitted within a computer system of a service provider, which system:

- i is being operated for the benefit of a closed group of users, and
- ii does not employ public communications networks and is not connected with another computer system, whether public or private,

that Party may reserve the right not to apply these measures to such communications. Each Party shall consider restricting such a reservation to enable the broadest application of the measures referred to in Articles 20 and 21.

Article 15 – Conditions and safeguards

1 Each Party shall ensure that the establishment, implementation and application of the powers and procedures provided for in this Section are subject to conditions and safeguards provided for under its domestic law, which shall provide for the adequate protection of human rights and liberties, including rights arising pursuant to obligations it has undertaken under the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, and other applicable international human rights instruments, and which shall incorporate the principle of proportionality.

2 Such conditions and safeguards shall, as appropriate in view of the nature of the procedure or power concerned, *inter alia*, include judicial or other independent supervision, grounds justifying application, and limitation of the scope and the duration of such power or procedure.

3 To the extent that it is consistent with the public interest, in particular the sound administration of justice, each Party shall consider the impact of the powers and procedures in this section upon the rights, responsibilities and legitimate interests of third parties.

Title 2 – Expedited preservation of stored computer data

Article 16 – Expedited preservation of stored computer data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to enable its competent authorities to order or similarly obtain the expeditious preservation of specified computer data, including traffic data, that has been stored by means of a computer system, in particular where there are grounds to believe that the computer data is particularly vulnerable to loss or modification.

2 Where a Party gives effect to paragraph 1 above by means of an order to a person to preserve specified stored computer data in the person's possession or control, the Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige that person to preserve and maintain the integrity of that computer data for a period of time as long as necessary, up to a maximum of ninety days, to enable the competent authorities to seek its disclosure. A Party may provide for such an order to be subsequently renewed.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige the custodian or other person who is to preserve the computer data to keep confidential the undertaking of such procedures for the period of time provided for by its domestic law.

4 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Article 17 – Expedited preservation and partial disclosure of traffic data

1 Each Party shall adopt, in respect of traffic data that is to be preserved under Article 16, such legislative and other measures as may be necessary to:

a ensure that such expeditious preservation of traffic data is available regardless of whether one or more service providers were involved in the transmission of that communication; and

b ensure the expeditious disclosure to the Party's competent authority, or a person designated by that authority, of a sufficient amount of traffic data to enable the Party to identify the service providers and the path through which the communication was transmitted.

2 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Title 3 – Production order

Article 18 – Production order

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order:

- a a person in its territory to submit specified computer data in that person's possession or control, which is stored in a computer system or a computer-data storage medium; and
- b a service provider offering its services in the territory of the Party to submit subscriber information relating to such services in that service provider's possession or control.

2 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

3 For the purpose of this article, the term "subscriber information" means any information contained in the form of computer data or any other form that is held by a service provider, relating to subscribers of its services other than traffic or content data and by which can be established:

- a the type of communication service used, the technical provisions taken thereto and the period of service;
- b the subscriber's identity, postal or geographic address, telephone and other access number, billing and payment information, available on the basis of the service agreement or arrangement;
- c any other information on the site of the installation of communication equipment, available on the basis of the service agreement or arrangement.

Title 4 – Search and seizure of stored computer data

Article 19 – Search and seizure of stored computer data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to search or similarly access:

- a a computer system or part of it and computer data stored therein; and
- b a computer-data storage medium in which computer data may be stored

in its territory.

2 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that where its authorities search or similarly access a specific computer system or part of it, pursuant to paragraph 1.a, and have grounds to believe that the data sought is stored in another computer system or part of it in its territory, and such data is lawfully accessible from or available

to the initial system, the authorities shall be able to expeditiously extend the search or similar accessing to the other system.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to seize or similarly secure computer data accessed according to paragraphs 1 or 2. These measures shall include the power to:

- a seize or similarly secure a computer system or part of it or a computer-data storage medium;
- b make and retain a copy of those computer data;
- c maintain the integrity of the relevant stored computer data;
- d render inaccessible or remove those computer data in the accessed computer system.

4 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order any person who has knowledge about the functioning of the computer system or measures applied to protect the computer data therein to provide, as is reasonable, the necessary information, to enable the undertaking of the measures referred to in paragraphs 1 and 2.

5 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Title 5 – Real-time collection of computer data

Article 20 – Real-time collection of traffic data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to:

- a collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, and
- b compel a service provider, within its existing technical capability:
 - i to collect or record through the application of technical means on the territory of that Party; or
 - ii to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of,

traffic data, in real-time, associated with specified communications in its territory transmitted by means of a computer system.

2 Where a Party, due to the established principles of its domestic legal system, cannot adopt the measures referred to in paragraph 1.a, it may instead adopt legislative and other measures as may be necessary to ensure the real-time collection or recording of traffic data associated with specified communications transmitted in its territory, through the application of technical means on that territory.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of the execution of any power provided for in this article and any information relating to it.

4 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Article 21 – Interception of content data

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary, in relation to a range of serious offences to be determined by domestic law, to empower its competent authorities to:

a collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, and

b compel a service provider, within its existing technical capability:

i to collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, or

ii to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of,

content data, in real-time, of specified communications in its territory transmitted by means of a computer system.

2 Where a Party, due to the established principles of its domestic legal system, cannot adopt the measures referred to in paragraph 1.a, it may instead adopt legislative and other measures as may be necessary to ensure the real-time collection or recording of content data on specified communications in its territory through the application of technical means on that territory.

3 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of the execution of any power provided for in this article and any information relating to it.

4 The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Section 3 – Jurisdiction

Article 22 – Jurisdiction

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish jurisdiction over any offence established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, when the offence is committed:

- a in its territory; or
- b on board a ship flying the flag of that Party; or
- c on board an aircraft registered under the laws of that Party; or
- d by one of its nationals, if the offence is punishable under criminal law where it was committed or if the offence is committed outside the territorial jurisdiction of any State.

2 Each Party may reserve the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules laid down in paragraphs 1.b through 1.d of this article or any part thereof.

3 Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish jurisdiction over the offences referred to in Article 24, paragraph 1, of this Convention, in cases where an alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her to another Party, solely on the basis of his or her nationality, after a request for extradition.

4 This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its domestic law.

5 When more than one Party claims jurisdiction over an alleged offence established in accordance with this Convention, the Parties involved shall, where appropriate, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.

Chapter III – International co-operation

Section 1 – General principles

Title 1 – General principles relating to international co-operation

Article 23 – General principles relating to international co-operation

The Parties shall co-operate with each other, in accordance with the provisions of this chapter, and through the application of relevant international instruments on international co-operation in criminal matters, arrangements agreed on the basis of uniform or reciprocal legislation, and domestic laws, to the widest extent possible for the purposes of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

Title 2 – Principles relating to extradition

Article 24 – Extradition

1 a. This article applies to extradition between Parties for the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, provided that they are punishable under the laws of both Parties concerned by deprivation of liberty for a maximum period of at least one year, or by a more severe penalty.

b. Where a different minimum penalty is to be applied under an arrangement agreed on the basis of uniform or reciprocal legislation or an extradition treaty, including the European Convention on Extradition (ETS No. 24), applicable between two or more parties, the minimum penalty provided for under such arrangement or treaty shall apply.

2 The criminal offences described in paragraph 1 of this article shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between or among the Parties. The Parties undertake to include such offences as extraditable offences in any extradition treaty to be concluded between or among them.

3 If a Party that makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another Party with which it does not have an extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition with respect to any criminal offence referred to in paragraph 1 of this article.

4 Parties that do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognise the criminal offences referred to in paragraph 1 of this article as extraditable offences between themselves.

5 Extradition shall be subject to the conditions provided for by the law of the requested Party or by applicable extradition treaties, including the grounds on which the requested Party may refuse extradition.

6 If extradition for a criminal offence referred to in paragraph 1 of this article is refused solely on the basis of the nationality of the person sought, or because the requested Party deems that it has jurisdiction over the offence, the requested Party shall submit the case at the request of the requesting Party to its competent authorities for the purpose of prosecution and shall report the final outcome to the requesting Party in due course. Those authorities shall take their decision and conduct their investigations and proceedings in the same manner as for any other offence of a comparable nature under the law of that Party.

7 a. Each Party shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, communicate to the Secretary General of the Council of Europe the name and address of each

authority responsible for making or receiving requests for extradition or provisional arrest in the absence of a treaty.

b. The Secretary General of the Council of Europe shall set up and keep updated a register of authorities so designated by the Parties. Each Party shall ensure that the details held on the register are correct at all times.

Title 3 – General principles relating to mutual assistance

Article 25 – General principles relating to mutual assistance

1 The Parties shall afford one another mutual assistance to the widest extent possible for the purpose of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

2 Each Party shall also adopt such legislative and other measures as may be necessary to carry out the obligations set forth in Articles 27 through 35.

3 Each Party may, in urgent circumstances, make requests for mutual assistance or communications related thereto by expedited means of communication, including fax or e-mail, to the extent that such means provide appropriate levels of security and authentication (including the use of encryption, where necessary), with formal confirmation to follow, where required by the requested Party. The requested Party shall accept and respond to the request by any such expedited means of communication.

4 Except as otherwise specifically provided in articles in this chapter, mutual assistance shall be subject to the conditions provided for by the law of the requested Party or by applicable mutual assistance treaties, including the grounds on which the requested Party may refuse co-operation. The requested Party shall not exercise the right to refuse mutual assistance in relation to the offences referred to in Articles 2 through 11 solely on the ground that the request concerns an offence which it considers a fiscal offence.

5 Where, in accordance with the provisions of this chapter, the requested Party is permitted to make mutual assistance conditional upon the existence of dual criminality, that condition shall be deemed fulfilled, irrespective of whether its laws place the offence within the same category of offence or denominate the offence by the same terminology as the requesting Party, if the conduct underlying the offence for which assistance is sought is a criminal offence under its laws.

Article 26 – Spontaneous information

1 A Party may, within the limits of its domestic law and without prior request, forward to another Party information obtained within the framework of its own investigations when it considers that the disclosure of such information might assist the receiving Party in initiating or carrying out investigations or proceedings concerning criminal offences established in

accordance with this Convention or might lead to a request for co-operation by that Party under this chapter.

2 Prior to providing such information, the providing Party may request that it be kept confidential or only used subject to conditions. If the receiving Party cannot comply with such request, it shall notify the providing Party, which shall then determine whether the information should nevertheless be provided. If the receiving Party accepts the information subject to the conditions, it shall be bound by them.

Title 4 – Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements

Article 27 – Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements

1 Where there is no mutual assistance treaty or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation in force between the requesting and requested Parties, the provisions of paragraphs 2 through 9 of this article shall apply. The provisions of this article shall not apply where such treaty, arrangement or legislation exists, unless the Parties concerned agree to apply any or all of the remainder of this article in lieu thereof.

2 a. Each Party shall designate a central authority or authorities responsible for sending and answering requests for mutual assistance, the execution of such requests or their transmission to the authorities competent for their execution.

b. The central authorities shall communicate directly with each other;

c. Each Party shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, communicate to the Secretary General of the Council of Europe the names and addresses of the authorities designated in pursuance of this paragraph;

d. The Secretary General of the Council of Europe shall set up and keep updated a register of central authorities designated by the Parties. Each Party shall ensure that the details held on the register are correct at all times.

3 Mutual assistance requests under this article shall be executed in accordance with the procedures specified by the requesting Party, except where incompatible with the law of the requested Party.

4 The requested Party may, in addition to the grounds for refusal established in Article 25, paragraph 4, refuse assistance if:

a the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence, or

b it considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, *ordre public* or other essential interests.

5 The requested Party may postpone action on a request if such action would prejudice criminal investigations or proceedings conducted by its authorities.

6 Before refusing or postponing assistance, the requested Party shall, where appropriate after having consulted with the requesting Party, consider whether the request may be granted partially or subject to such conditions as it deems necessary.

7 The requested Party shall promptly inform the requesting Party of the outcome of the execution of a request for assistance. Reasons shall be given for any refusal or postponement of the request. The requested Party shall also inform the requesting Party of any reasons that render impossible the execution of the request or are likely to delay it significantly.

8 The requesting Party may request that the requested Party keep confidential the fact of any request made under this chapter as well as its subject, except to the extent necessary for its execution. If the requested Party cannot comply with the request for confidentiality, it shall promptly inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed.

9 a. In the event of urgency, requests for mutual assistance or communications related thereto may be sent directly by judicial authorities of the requesting Party to such authorities of the requested Party. In any such cases, a copy shall be sent at the same time to the central authority of the requested Party through the central authority of the requesting Party.

b. Any request or communication under this paragraph may be made through the International Criminal Police Organisation (Interpol).

c. Where a request is made pursuant to sub-paragraph a. of this article and the authority is not competent to deal with the request, it shall refer the request to the competent national authority and inform directly the requesting Party that it has done so.

d. Requests or communications made under this paragraph that do not involve coercive action may be directly transmitted by the competent authorities of the requesting Party to the competent authorities of the requested Party.

e. Each Party may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, inform the Secretary General of the Council of Europe that, for reasons of efficiency, requests made under this paragraph are to be addressed to its central authority.

Article 28 – Confidentiality and limitation on use

1 When there is no mutual assistance treaty or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation in force between the requesting and the requested Parties, the provisions of this article shall apply. The provisions of this article shall not apply where such treaty, arrangement or legislation exists, unless the Parties concerned agree to apply any or all of the remainder of this article in lieu thereof.

2 The requested Party may make the supply of information or material in response to a request dependent on the condition that it is:

- a kept confidential where the request for mutual legal assistance could not be complied with in the absence of such condition, or
- b not used for investigations or proceedings other than those stated in the request.

3 If the requesting Party cannot comply with a condition referred to in paragraph 2, it shall promptly inform the other Party, which shall then determine whether the information should nevertheless be provided. When the requesting Party accepts the condition, it shall be bound by it.

4 Any Party that supplies information or material subject to a condition referred to in paragraph 2 may require the other Party to explain, in relation to that condition, the use made of such information or material.

Section 2 – Specific provisions

Title 1 – Mutual assistance regarding provisional measures

Article 29 – Expedited preservation of stored computer data

1 A Party may request another Party to order or otherwise obtain the expeditious preservation of data stored by means of a computer system, located within the territory of that other Party and in respect of which the requesting Party intends to submit a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data.

2 A request for preservation made under paragraph 1 shall specify:

- a the authority seeking the preservation;
- b the offence that is the subject of a criminal investigation or proceedings and a brief summary of the related facts;
- c the stored computer data to be preserved and its relationship to the offence;
- d any available information identifying the custodian of the stored computer data or the location of the computer system;

- e the necessity of the preservation; and
- f that the Party intends to submit a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the stored computer data.

3 Upon receiving the request from another Party, the requested Party shall take all appropriate measures to preserve expeditiously the specified data in accordance with its domestic law. For the purposes of responding to a request, dual criminality shall not be required as a condition to providing such preservation.

4 A Party that requires dual criminality as a condition for responding to a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of stored data may, in respect of offences other than those established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, reserve the right to refuse the request for preservation under this article in cases where it has reasons to believe that at the time of disclosure the condition of dual criminality cannot be fulfilled.

5 In addition, a request for preservation may only be refused if:

- a the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence, or
- b the requested Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, *ordre public* or other essential interests.

6 Where the requested Party believes that preservation will not ensure the future availability of the data or will threaten the confidentiality of or otherwise prejudice the requesting Party's investigation, it shall promptly so inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed.

7 Any preservation effected in response to the request referred to in paragraph 1 shall be for a period not less than sixty days, in order to enable the requesting Party to submit a request for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data. Following the receipt of such a request, the data shall continue to be preserved pending a decision on that request.

Article 30 – Expedited disclosure of preserved traffic data

1 Where, in the course of the execution of a request made pursuant to Article 29 to preserve traffic data concerning a specific communication, the requested Party discovers that a service provider in another State was involved in the transmission of the communication, the requested Party shall expeditiously disclose to the requesting Party a sufficient amount of traffic

data to identify that service provider and the path through which the communication was transmitted.

2 Disclosure of traffic data under paragraph 1 may only be withheld if:

- a the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence; or
- b the requested Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, *ordre public* or other essential interests.

Title 2 – Mutual assistance regarding investigative powers

Article 31 – Mutual assistance regarding accessing of stored computer data

1 A Party may request another Party to search or similarly access, seize or similarly secure, and disclose data stored by means of a computer system located within the territory of the requested Party, including data that has been preserved pursuant to Article 29.

2 The requested Party shall respond to the request through the application of international instruments, arrangements and laws referred to in Article 23, and in accordance with other relevant provisions of this chapter.

3 The request shall be responded to on an expedited basis where:

- a there are grounds to believe that relevant data is particularly vulnerable to loss or modification; or
- b the instruments, arrangements and laws referred to in paragraph 2 otherwise provide for expedited co-operation.

Article 32 – Trans-border access to stored computer data with consent or where publicly available

A Party may, without the authorisation of another Party:

- a access publicly available (open source) stored computer data, regardless of where the data is located geographically; or
- b access or receive, through a computer system in its territory, stored computer data located in another Party, if the Party obtains the lawful and voluntary consent of the person who has the lawful authority to disclose the data to the Party through that computer system.

Article 33 – Mutual assistance regarding the real-time collection of traffic data

1 The Parties shall provide mutual assistance to each other in the real-time collection of traffic data associated with specified communications in their territory transmitted by means of a computer system. Subject to the provisions of paragraph 2, this assistance shall be governed by the conditions and procedures provided for under domestic law.

2 Each Party shall provide such assistance at least with respect to criminal offences for which real-time collection of traffic data would be available in a similar domestic case.

Article 34 – Mutual assistance regarding the interception of content data

The Parties shall provide mutual assistance to each other in the real-time collection or recording of content data of specified communications transmitted by means of a computer system to the extent permitted under their applicable treaties and domestic laws.

Title 3 – 24/7 Network

Article 35 – 24/7 Network

1 Each Party shall designate a point of contact available on a twenty-four hour, seven-day-a-week basis, in order to ensure the provision of immediate assistance for the purpose of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. Such assistance shall include facilitating, or, if permitted by its domestic law and practice, directly carrying out the following measures:

- a the provision of technical advice;
- b the preservation of data pursuant to Articles 29 and 30;
- c the collection of evidence, the provision of legal information, and locating of suspects.

2 a. A Party's point of contact shall have the capacity to carry out communications with the point of contact of another Party on an expedited basis.

b. If the point of contact designated by a Party is not part of that Party's authority or authorities responsible for international mutual assistance or extradition, the point of contact shall ensure that it is able to co-ordinate with such authority or authorities on an expedited basis.

3 Each Party shall ensure that trained and equipped personnel are available, in order to facilitate the operation of the network.

Chapter IV – Final provisions

Article 36 – Signature and entry into force

1 This Convention shall be open for signature by the member States of the Council of Europe and by non-member States which have participated in its elaboration.

2 This Convention is subject to ratification, acceptance or approval. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

3 This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which five States, including at least three member States of the Council of Europe, have expressed their consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of paragraphs 1 and 2.

4 In respect of any signatory State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the expression of its consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of paragraphs 1 and 2.

Article 37 – Accession to the Convention

1 After the entry into force of this Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe, after consulting with and obtaining the unanimous consent of the Contracting States to the Convention, may invite any State which is not a member of the Council and which has not participated in its elaboration to accede to this Convention. The decision shall be taken by the majority provided for in Article 20.d. of the Statute of the Council of Europe and by the unanimous vote of the representatives of the Contracting States entitled to sit on the Committee of Ministers.

2 In respect of any State acceding to the Convention under paragraph 1 above, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of deposit of the instrument of accession with the Secretary General of the Council of Europe.

Article 38 – Territorial application

1 Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories to which this Convention shall apply.

2 Any State may, at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Convention to any other territory specified in the declaration. In respect of such territory the Convention shall enter into force on the first day of the

month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the declaration by the Secretary General.

3 Any declaration made under the two preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

Article 39 – Effects of the Convention

1 The purpose of the present Convention is to supplement applicable multilateral or bilateral treaties or arrangements as between the Parties, including the provisions of:

- the European Convention on Extradition, opened for signature in Paris, on 13 December 1957 (ETS No. 24);
- the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, opened for signature in Strasbourg, on 20 April 1959 (ETS No. 30);
- the Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, opened for signature in Strasbourg, on 17 March 1978 (ETS No. 99).

2 If two or more Parties have already concluded an agreement or treaty on the matters dealt with in this Convention or have otherwise established their relations on such matters, or should they in future do so, they shall also be entitled to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly. However, where Parties establish their relations in respect of the matters dealt with in the present Convention other than as regulated therein, they shall do so in a manner that is not inconsistent with the Convention's objectives and principles.

3 Nothing in this Convention shall affect other rights, restrictions, obligations and responsibilities of a Party.

Article 40 – Declarations

By a written notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the possibility of requiring additional elements as provided for under Articles 2, 3, 6 paragraph 1.b, 7, 9 paragraph 3, and 27, paragraph 9.e.

Article 41 – Federal clause

1 A federal State may reserve the right to assume obligations under Chapter II of this Convention consistent with its fundamental principles governing the

relationship between its central government and constituent States or other similar territorial entities provided that it is still able to co-operate under Chapter III.

2 When making a reservation under paragraph 1, a federal State may not apply the terms of such reservation to exclude or substantially diminish its obligations to provide for measures set forth in Chapter II. Overall, it shall provide for a broad and effective law enforcement capability with respect to those measures.

3 With regard to the provisions of this Convention, the application of which comes under the jurisdiction of constituent States or other similar territorial entities, that are not obliged by the constitutional system of the federation to take legislative measures, the federal government shall inform the competent authorities of such States of the said provisions with its favourable opinion, encouraging them to take appropriate action to give them effect.

Article 42 – Reservations

By a written notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the reservation(s) provided for in Article 4, paragraph 2, Article 6, paragraph 3, Article 9, paragraph 4, Article 10, paragraph 3, Article 11, paragraph 3, Article 14, paragraph 3, Article 22, paragraph 2, Article 29, paragraph 4, and Article 41, paragraph 1. No other reservation may be made.

Article 43 – Status and withdrawal of reservations

1 A Party that has made a reservation in accordance with Article 42 may wholly or partially withdraw it by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. Such withdrawal shall take effect on the date of receipt of such notification by the Secretary General. If the notification states that the withdrawal of a reservation is to take effect on a date specified therein, and such date is later than the date on which the notification is received by the Secretary General, the withdrawal shall take effect on such a later date.

2 A Party that has made a reservation as referred to in Article 42 shall withdraw such reservation, in whole or in part, as soon as circumstances so permit.

3 The Secretary General of the Council of Europe may periodically enquire with Parties that have made one or more reservations as referred to in Article 42 as to the prospects for withdrawing such reservation(s).

Article 44 – Amendments

1 Amendments to this Convention may be proposed by any Party, and shall be communicated by the Secretary General of the Council of Europe to the

member States of the Council of Europe, to the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention as well as to any State which has acceded to, or has been invited to accede to, this Convention in accordance with the provisions of Article 37.

2 Any amendment proposed by a Party shall be communicated to the European Committee on Crime Problems (CDPC), which shall submit to the Committee of Ministers its opinion on that proposed amendment.

3 The Committee of Ministers shall consider the proposed amendment and the opinion submitted by the CDPC and, following consultation with the non-member States Parties to this Convention, may adopt the amendment.

4 The text of any amendment adopted by the Committee of Ministers in accordance with paragraph 3 of this article shall be forwarded to the Parties for acceptance.

5 Any amendment adopted in accordance with paragraph 3 of this article shall come into force on the thirtieth day after all Parties have informed the Secretary General of their acceptance thereof.

Article 45 – Settlement of disputes

1 The European Committee on Crime Problems (CDPC) shall be kept informed regarding the interpretation and application of this Convention.

2 In case of a dispute between Parties as to the interpretation or application of this Convention, they shall seek a settlement of the dispute through negotiation or any other peaceful means of their choice, including submission of the dispute to the CDPC, to an arbitral tribunal whose decisions shall be binding upon the Parties, or to the International Court of Justice, as agreed upon by the Parties concerned.

Article 46 – Consultations of the Parties

1 The Parties shall, as appropriate, consult periodically with a view to facilitating:

- a the effective use and implementation of this Convention, including the identification of any problems thereof, as well as the effects of any declaration or reservation made under this Convention;
- b the exchange of information on significant legal, policy or technological developments pertaining to cybercrime and the collection of evidence in electronic form;
- c consideration of possible supplementation or amendment of the Convention.

2 The European Committee on Crime Problems (CDPC) shall be kept periodically informed regarding the result of consultations referred to in paragraph 1.

3 The CDPC shall, as appropriate, facilitate the consultations referred to in paragraph 1 and take the measures necessary to assist the Parties in their efforts to supplement or amend the Convention. At the latest three years after the present Convention enters into force, the European Committee on Crime Problems (CDPC) shall, in co-operation with the Parties, conduct a review of all of the Convention's provisions and, if necessary, recommend any appropriate amendments.

4 Except where assumed by the Council of Europe, expenses incurred in carrying out the provisions of paragraph 1 shall be borne by the Parties in the manner to be determined by them.

5 The Parties shall be assisted by the Secretariat of the Council of Europe in carrying out their functions pursuant to this article.

Article 47 – Denunciation

1 Any Party may, at any time, denounce this Convention by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2 Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 48 – Notification

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe, the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention as well as any State which has acceded to, or has been invited to accede to, this Convention of:

- a any signature;
- b the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
- c any date of entry into force of this Convention in accordance with Articles 36 and 37;
- d any declaration made under Article 40 or reservation made in accordance with Article 42;
- e any other act, notification or communication relating to this Convention.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at Budapest, this 23rd day of November 2001, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe, to the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention, and to any State invited to accede to it.